

KEDUDUKAN HUKUM ANAK LUAR KAWIN DALAM PERSPEKTIF PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 46/PUU-VIII/2010

by I Nyoman Sujana

Submission date: 15-Feb-2020 07:10AM (UTC+0700)

Submission ID: 1257704372

File name: Kedudukan_Hukum_Anak_book.pdf (804.65K)

Word count: 71364

Character count: 443436

Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.

**KEDUDUKAN HUKUM
ANAK LUAR KAWIN**

**DALAM PERSPEKTIF PUTUSAN MAHKAMAH
KONSTITUSI NOMOR 46/PUU-VIII/2010**

2015

Perpustakaan Nasional RI: Katalog dalam Terbitan (KDT)

**KEDUDUKAN HUKUM ANAK LUAR KAWIN
DALAM PERSPEKTIF PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI
NOMOR 46/PUU-VIII/2010**

Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.

All right reserved

Hak cipta dilindungi oleh undang-undang
Dilarang mengutip atau memperbanyak sebagian atau seluruh
isi buku ini dengan cara apapun, tanpa izin tertulis dari penerbit

xiv + 268 Halaman; 15.5 x 23 cm

Cetakan I : Januari 2015

ISBN 10 : 602-14833-4-0

ISBN 13 : 978-602-14833-4-3

Rancang Sampul : Agung Istiadi

Penata Isi : Iqbal Novian

Diterbitkan pertama kali oleh:

ASWAJA PRESSINDO

Anggota IKAPI No. 071/DIY/2011

Jl. Plosokuning V/73, Minomartani,

Sleman, Yogyakarta

Telp. (0274)4462377

E-mail : aswajapressindo@gmail.com

Website : www.aswajapressindo.co.id

KATA PENGANTAR

Prof.Dr. H. Moch.Isnaeni,SH.,MS.

(Guru Besar Hukum Perdata Univ. Airlangga Surabaya)

Pertama-tama saya ucapkan salut kepada sdr. Dr. I Nyoman Sujana,SH.M.Hum. akan hasratnya untuk menyusun karya ilmiah dengan menerbitkan sebuah buku dengan judul “Kedudukan Hukum Anak Luar Kawin Dalam Perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010. Usaha ini patut kita acungi jempol dan menghargai usaha-usahanya tersebut, terutama karena buku semacam ini masih sangat kurang di Indonesia. Apalagi isu yang diangkat di dalam buku ini adalah mengenai kedudukan anak luar kawin yang pengaturannya didalam peraturan perundang-undangan sampai saat ini belum pernah tuntas, khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki yang kasih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, sedangkan isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini. Isu ini sangat menarik untuk dikaji, karena hakekat kedudukan hukum anak luar kawin di dalam UU Perkawinan selama ini adalah belum tuntas, sehingga anak luar kawin ini belum memperoleh perlindungan hukum yang utuh dari orang tuanya, karena UU Perkawinan belum mengatur secara jelas mengenai hak-hak keperdataan anak luar kawin ini, khususnya hubungan dengan ayah biologisnya.

Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Perkawinan yang menyatakan bahwa kedudukan anak luar kawin akan diatur dengan peraturan pemerintah, namun peraturan pemerintah yang dijanjikan oleh pembuat UU sampai

saat ini belum pernah terwujud, sikap pemerintah masih sangat gamang untuk mengatur mengenai kedudukan hukum anak luar kawin dalam hubungannya dengan ayah biologisnya, padahal UU Perkawinan sudah diberlakukan hampir setengah abad sejak diundangkannya. Dengan demikian anak luar kawin ini tidak memperoleh hak-haknya sebagai seorang anak secara layak seperti halnya dengan yang diperoleh anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah.

Issu yang diangkat di dalam buku ini semakin menarik untuk dibaca, karena Mahkamah Konstitusi pada tanggal 17 Pebruari 2012 telah mengeluarkan putusan yang menggemparkan dunia hukum di Indonesia, khususnya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 yang amarnya menyatakan bahwa anak luar kawin mempunyai hubungan perdata dnegan ibu dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/ atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Putusan ini telah menimbulkan pandangan yang pro dan yang kontra di kalangan para kaum ulama, karena Mahkamah Konstitusi oleh pihak yang kontra dianggap sebagai putusan yang telah melegalkan adanya perzinahan, akan tetapi bagi yang pro menganggap putusan ini sangat mulia, karena telah memberikan perlindungan hukum yang utuh kepada anak luar kawin ini yang selama ini diperlakukan secara diskriminatif, pada hal secara fitrah anak luar kawin ini mempunyai harkat dan martabat yang sama dengan anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah, sehingga patut mendapatkan hak-haknya untuk bisa hidup layak seperti anak-anak yang sah.

Buku saudara Dr. I Nyoman Sujana,SH,M.Hum. yang ada dihadapan sidang pembaca ini pada dasarnya menjelaskan bahwa kedudukan anak luar kawin setelah keluarnya putusan Mahkamah Konstitsi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012 mempunyai hubungan perdata dalam arti yang sempit antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya.

Dr. I Nyoman Sujana,SH.,M.Hum., penulis buku ini adalah seorang advokat anggota PERADI dengan N.I.A. 98.10846 dari

sejak tahun 1998 s.d sekarang dan juga sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Warmadewa Denpasar dengan kualifikasi akademik yang diraihnya sebagai Doktor Ilmu Hukum Perdata.

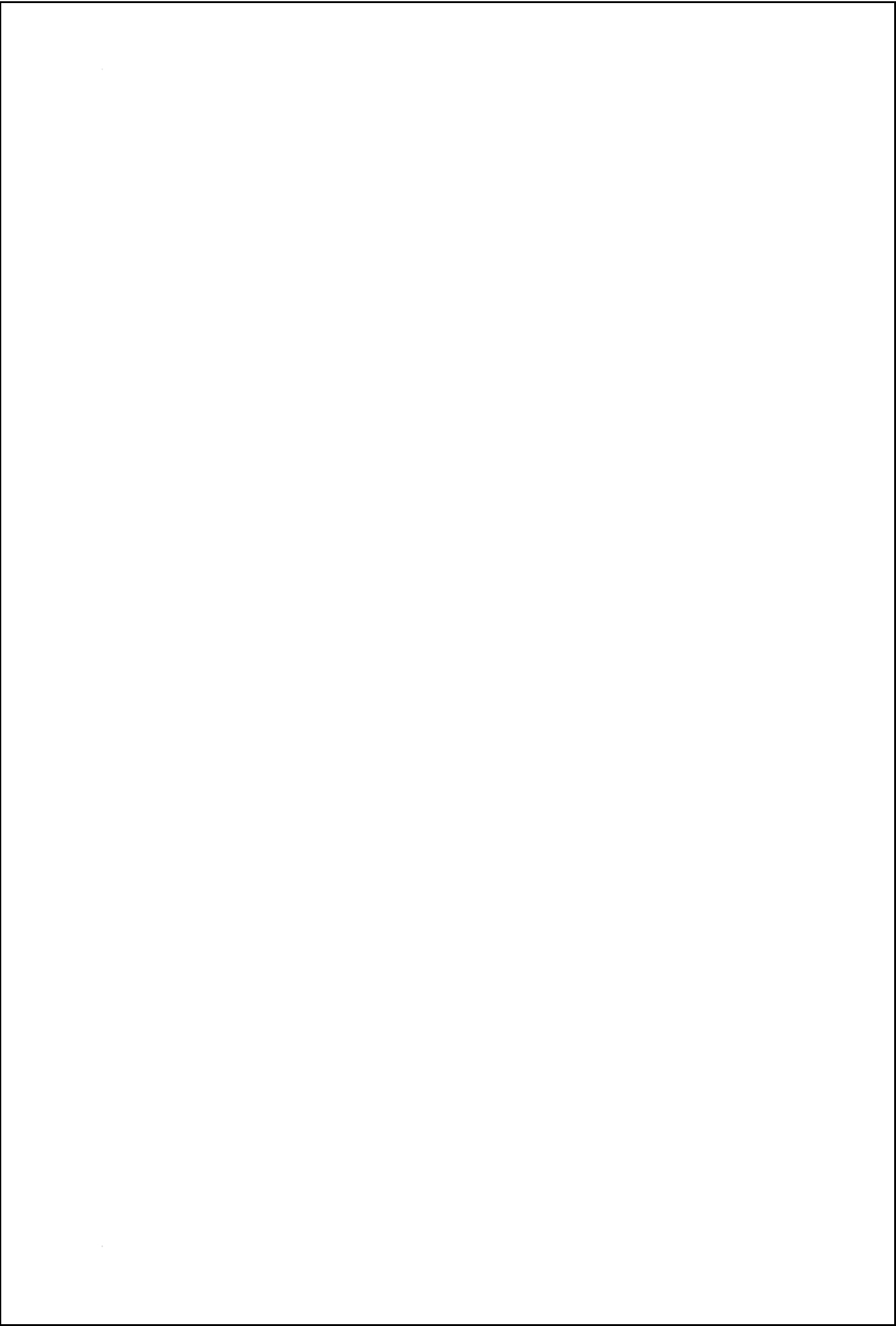
Dalam buku ini penulis membahas banyak hal, terutama mengenai hakekat kedudukan hukum anak luar kawin di dalam undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan, dan juga mengenai ratio legis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 beserta implikasinya terhadap kedudukan anak lar kawin. Menurut penulis, memang harus diakui bahwa dengan munculnya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor :46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012, persoalan kedudukan anak luar kawin dengan ayah biologisnya, belum dapat diharapkan tuntas, mengingat materi anak luar kawin ini sangat sensitif. Putusan MK tersebut baru merupakan langkah awal, untuk dikemudian hari diharapkan ada implikasinya demi mewujudkan kepastian hukum mengenai kedudukan hukum anak luar kawin, sehingga anak luar kawin tersebut memperoleh perlindungan hukum yang lebih utuh dari orang tuanya melalui Hukum Yurisprudensi.

Demikian sekedar catatan atas buku Dr. I Nyoman Sujana, SH.M.Hum. semoga buku ini bermanfaat dan menjadi sumbangan penting bagi perkembangan literatur Ilmu Hukum, khususnya Hukum Perdata, Cq. Hukum Perkawinan dalam Hukum Keluarga Nasional.

Surabaya, 5 Januari 2015

ttd

Prof. Dr. H. Moch. Isnaeni, SH., MS.



UCAPAN TERIMA KASIH

Penulis memanjatkan Puji Syukur Kehadapan Ida Sang Hyang Widhi Wasa/Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat rahmat dan karunia-Nya telah dapat menyelesaikan Penulisan Buku ini sesuai rencana dan harapan. Dalam proses dan penyelesaian penulisan buku ini yang sesungguhnya merupakan hasil penelitian disertasi penulis di dalam memperoleh gelar Doktor Ilmu Hukum di Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya, Penulis telah mendapat bantuan moril dan materiil dari berbagai pihak, karena itu melalui kesempatan ini penulis menyampaikan ucapan terima kasih kepada Yang Terhormat dan Yang Terpelajar :

- Prof. Dr. Made Warka, SH.,M.Hum., sebagai Promotor yang telah membimbing penulis dengan segala kesabaran dan kearifannya dalam memberikan konstruksi berpikir, metodologi sampai cara melaksanakan penelitian dan penyusunan disertasi ini.
- Dr. Hj. Endang Prasetyawati, SH.,M.Hum., sebagai Ko. Promotor dan sekaligus sebagai Ketua Program Studi Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya, yang dengan segala kesabaran dan waktu yang telah diluangkan telah membimbing saya dalam memahami teori dan konsep-konsep hukum dalam membangun konstruksi berpikir baik dalam penyusunan proposal, penelitian dan penulisan disertasi ini. Juga dalam kesabarannya memberikan pelayanan administrasi.

- Prof. Dr. H. Moch Isnaeni, SH.,MS. , sebagai Konsultan Khusus yang dengan keterbukaan, ketulusan dan kesabarannya telah menuntun penulis dalam memahami konsepsi-konsepsi hukum perdata khususnya mengenai masalah anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang secara kritis telah mempertajam batasan-batasan dan materi kajian dalam disertasi ini.
- Prof. Dr. drg. Hj. Ida Aju Brahmasari, Dipl.,DHE.,MPA., Rektor Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya yang telah memberikan kesempatan kepada penulis untuk melanjutkan studi program Doktor Ilmu Hukum di Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya.
- Dr. Otto Yudianto, SH.,M.Hum., Dekan Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya yang telah memberikan layanan administrasi dan semangat yang baik dalam penyelenggaraan program Doktor Ilmu Hukum ini.
- Para dosen di Program Doktor Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya, yaitu : Prof.Dr.IB. Rahmadi Supancana, SH.,MH., Prof.Dr.Mashudi, SH.MH., Prof. Dr. Aminuddin Ilmar,SH.,MS., Prof. Dr. Made Warka, SH., M.Hum., Prof.Dr.TjukWirawan,SH., Prof. Dr. I Nyoman Nurjaya,SH.MH., Prof. Dr.Zudan Arif Fahkrulloh,SH.,MH., Prof.Dr. Teguh Prasetya,SH.,M.Si., Dr,Harjono,SH.,M.C.L., Dr.Soetanto Soepiadhy,SH.,MH., Dr.Slamet Suhartono, SH.,MH., yang dengan baik dan tulus sepenuh hati mencurahkan segala ilmunya dalam proses perkuliahan.
- Tim Penguji Disertasi yaitu : Prof. Dr. Siti Maryani,SH., M.Hum., Prof. Dr. Made Warka,SH.,M.Hum.,Dr.Hj. Endang Prasetyawati,SH.,M.Hum., Prof. Dr. Moch. Isnaeni,SH.,MS., Dr. Krisnadi Nasution,SH.,MH., Prof. Dr.L. Budi Kagramanto, SH.,MH.,MM., Dr. Slamet Suhartono,SH.,MH., yang begitu tulus dan penuh kemuliaan telah memberikan pembelajaran kepada saya sehingga saya mampu menyelesaikan studi ini dengan baik.
- Dr. Drs. Anak Agung Oka Wisnu Murti, M.Si., Ketua Yayasan Kesejahteraan KORPRI Provinsi Bali yang telah memberikan

bantuan moril maupun materiil dalam penyelesaian studi Program Doktor Ilmu Hukum pada Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya.

- Prof. Dr. I Made Sukarsa, SE.,M.Si, Rektor Universitas Warmadewa Denpasar yang telah memberi ijin dan kesempatan kepada penulis untuk melanjutkan studi Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya.
- Ida Ayu Putu Widiati, SH.,M.Hum., Dekan Fakultas Hukum Universitas Warmadewa Denpasar yang telah memberikan dorongan semangat, kesempatan, bantuan materiil maupun moril dalam penyelesaian studi program Doktor Ilmu Hukum pada Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya.
- Dr. I Nyoman Putu Budiarta,SH.MH. dan Para Kolega Dosen di Fakultas Hukum Universitas Warmadewa Denpasar yang telah banyak memberi dorongan semangat dan pelayanan administrasi yang sangat baik dalam penyelesaian studi di Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya.
- Isteriku tercinta I Gusti Ayu Mahendri, SH., dan putra-putraku tersayang Bayu Segara dan Krishna Satriya Wibawa yang selalu menjadi pemicu semangat penulis untuk mengikuti program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya.
- Rekan-rekan peserta Program Doktor Ilmu Hukum angkatan 23 Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya yang selalu menjadi teman setia dalam berdiskusi di dalam maupun di luar kampus.
- Rekan-rekan Advokat yang tergabung didalam organisasi PERADI yang telah banyak memberikan masukan dan semangat untuk menyelesaikan disertasi ini sesuai dengan rencana.
- Ayahanda Almarhum I Wayan Litek dan Ibunda Almarhum Ni Wayan Nambrug serta Orang tua angkat penulis I Made Suwetja beserta isteri beliau Ni Putu Karnasih yang telah banyak memberikan bimbingan, semangat dan dorongan moril

serta doa kasih yang tidak pernah putus sehingga penulis dapat menyelesaikan disertasi ini dengan tepat waktu.

- Saudara-saudaraku dari Kelatnas Indonesia Perisai Diri Provinsi Bali khususnya dan dari seluruh Indonesia umumnya yang telah banyak memberikan doa dan semangat sehingga disertasi ini dapat diselesaikan dengan baik.
- Handai- taulan lainnya yang tidak sempat disebut satu persatu yang telah memberi dukungan, bantuan langsung maupun tidak langsung materiil dan moril dalam penyelesaian pendidikan jenjang Program Doktor Ilmu Hukum pada Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya.

Bantuan dan kebaikan Bapak-bapak, Ibu-ibu, dan saudara-saudara adalah dorongan utama yang memperkuat semangat dan keyakinan selama mengikuti Pendidikan Program Doktor Ilmu Hukum pada Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya. Dalam kesempatan ini diperkenankan menyampaikan rasa hormat dan rasa terimakasih yang tiada terhingga atas dorongan, bantuan, dukungan dan pengertian yang telah Bapak-bapak, Ibu-ibu, dan saudara-saudara berikan. Semoga Ida Sang Hyang Widhi Wasa/Tuhan Yang Maha Esa ,Allah S.W.T. melimpahkan rahmatNya kepada ibu-ibu , bapak-bapak dan saudara-saudara semua.

Surabaya, 5 Januari 2015

ttd

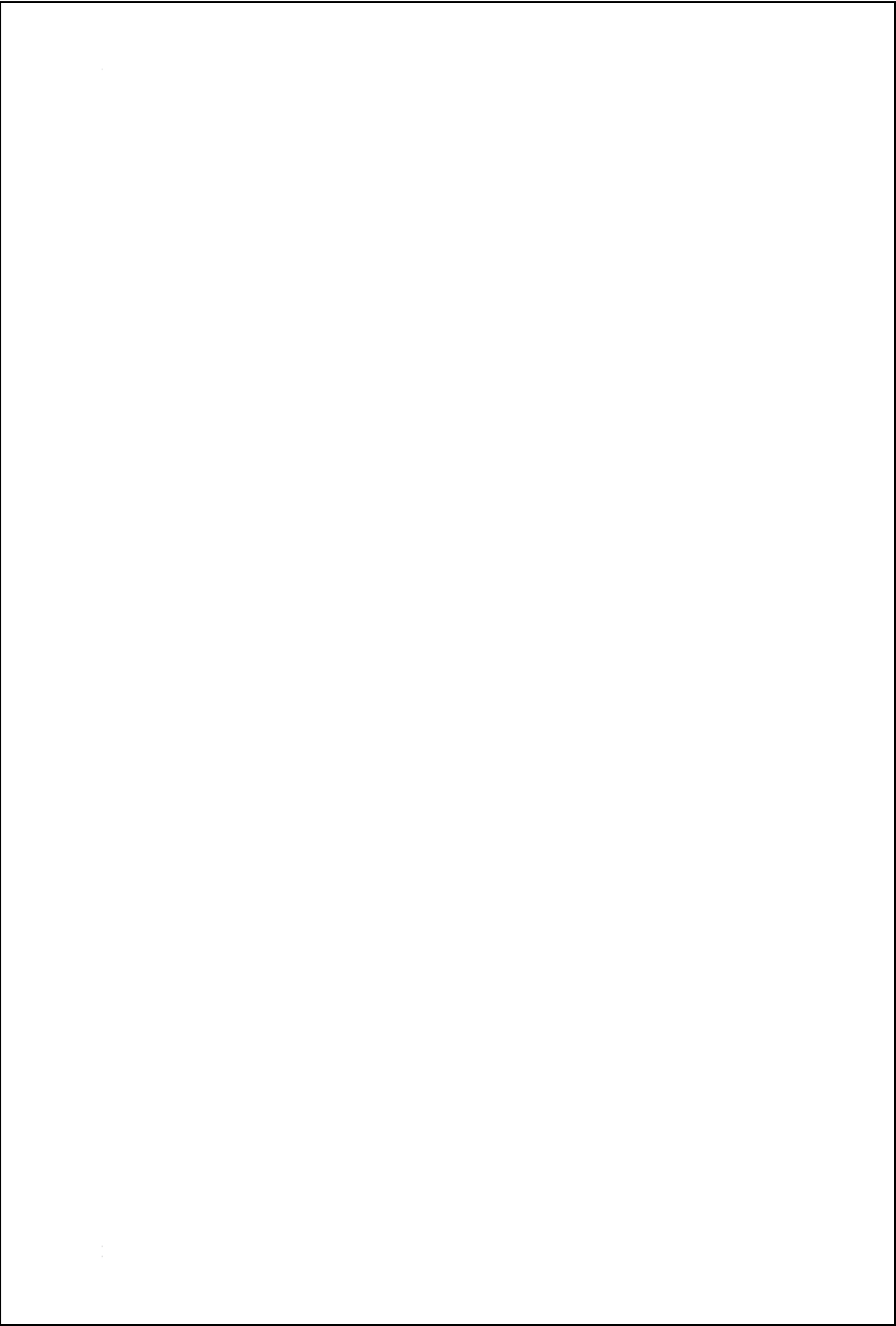
Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.

DAFTAR ISI

SAMPUL DEPAN	i
KATA PENGANTAR.....	iii
UCAPAN TERIMA KASIH	vii
DAFTAR ISI	xi
BAB I PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang Permasalahan	1
1.2. Landasan Teori dan Penjelasan Konsep	15
1.2.1.Landasan Teori	15
a. Teori Tujuan Hukum	16
a.1. Keadilan Hukum	16
a.2. Kepastian Hukum	29
a.3. Kemanfaatan Hukum	33
b. Teori Hak Asasi Manusia	36
c. Teori Perlindungan Anak	43
d. Teori Hukum Responsif	54
1.2.2.Penjelasan Konsep	55
a. Konsep Anak Luar Kawin.....	55
b. Eksistensi Putusan Mahkamah Konstitusi.	67

BAB II HAKEKAT KEDUDUKAN ANAK LUAR KAWIN DALAM UU PERKAWINAN	75
2.1. Sifat Sakral Perkawinan Bagi Bangsa Indonesia	75
2.2. Syarat Keabsahan Perkawinan	86
2.3. Kedudukan Kawin Siri	100
2.4. Status Anak Yang Dilahirkan Dari Perkawinan Siri	119
2.5. Eksistensi Pasal 43 UU Perkawinan	126
2.6. Nuansa Agamawi Dalam UU Perkawinan Menyangkut Kedudukan Anak Luar Kawin	130
 BAB III RATIO LEGIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 46/PUU-VIII/2010 DALAM PERSPEKTIF PERLINDUNGAN HUKUM ANAK LUAR KAWIN	 143
3.1. Anak Sebagai Generasi Penerus	143
3.2. Perlindungan Anak Luar Kawin Sebagai Generasi Penerus Dalam Perspektif UU Nomor 23 Tahun 2002 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak	150
3.3. Hakekat Pasal 45 Jo Pasal 46 UU Perkawinan	168
3.4. Makna Hubungan Keperdataan Antara Anak Luar Kawin Dengan Ibu Dan Keluarganya Berdasarkan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan ..	175
3.5. Sikap Pembentuk UU Terhadap Anak Luar kawin Dalam UU Perkawinan	184
3.6. Ratio Decidendi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010	193
3.7. Hakekat Hubungan Keperdataan Anak Luar Kawin Dengan Ayah Biologisnya	222

BAB IV PENUTUP	247
4.1. Kesimpulan	247
4.2. Saran.....	249
DAFTAR BACAAN	251



BAB I

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Permasalahan.

Pembangunan sumber daya manusia merupakan sasaran utama tujuan pembangunan, karena secara implisit manusia adalah subjek dan sekaligus objek pembangunan.¹ Sejak manusia pertama (Adam dan Hawa), fitrah manusia untuk memperoleh keturunan selalu diatur oleh hukum untuk mewujudkan keturunan yang sah. Secara historis, perspektif ketentuan-ketentuan hukum perkawinan tidak terlepas dari ketentuan hukum yang berlaku, baik hukum agama, hukum adat, maupun hukum perundang-undangan.

Manusia sebagai makhluk sosial mempunyai harkat dan martabat yang lebih tinggi (sempurna) dibanding dengan makhluk-makhluk lainnya. Oleh sebab itu diantara fitrah yang dimiliki oleh manusia sejak lahir adalah hidup dalam lingkungan sosial dan berintegrasi dengan kelompok sosial lainnya dalam masyarakat. Salah satu bentuk kebutuhan hidup manusia adalah kebutuhan biologis dalam pergaulan suami isteri, sekaligus bertujuan untuk memenuhi harapan agar memperoleh keturunan yang sehat jasmani dan rohani.²

¹ Muhammad Daud Ali, *Kedudukan Hukum Islam Dalam Pembinaan Hukum Indonesia*, Yayasan Risalah, Jakarta, 1984, hal.29

² Lili Rasidi dan IB.Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1993, hal.17

Sejak berlakunya Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (yang selanjutnya disebut UU Perkawinan) yang kemudian ditindak lanjuti dengan Peraturan Pemerintah Nomor 9 tahun 1975 tentang Pelaksanaan Undang-undang Nomor 1 tahun 1974 tentang Perkawinan (yang selanjutnya disebut PP No. 9 tahun 1975) telah merubah paradigma masyarakat Indonesia tentang hubungan biologis antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki dimana hubungan biologis tersebut wajib untuk disahkan di dalam suatu ikatan perkawinan yang sah sebagaimana yang diatur didalam Pasal 1 UU Perkawinan yang menentukan bahwa : “Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”.

Di Indonesia, pembangunan hukum merupakan problem yang teramat rumit dan sulit karena adanya keragaman geografis dan etnografis, kerumitan ini makin bertambah dengan adanya keharusan untuk selalu menjadikan Pancasila, Wawasan Nusantara serta Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 (yang selanjutnya disebut UUD-NRI 1945) sebagai basis dan acuan pokok.³ Kompleksitas ini akan terus mengemuka karena mulai timbulnya kesadaran bahwa pembangunan hukum tidaklah dilaksanakan dalam “ruangan hampa” atau berada dalam “tabung kosong”, melainkan berada di tengah-tengah masyarakat yang sudah lebih dulu kental dengan dan memiliki hukum-hukum lokal yang berupa adat istiadat maupun kebiasaan⁴.

Pembangunan sumber daya manusia, terutama yang berkaitan dengan anak yang dilahirkan tanpa melalui perkawinan yang sah sebagaimana yang diatur oleh hukum perundang-undangan, yang sering disebut dengan anak luar kawin, masing-

³ Zudan Arif Fakrulloh, *Model Hukum Yang Humanis Partisipatoris : Ide Dasar dan Teorisasinya Dengan Latar Sosial Indonesia*, Makalah Hukum Sumberdaya Alam Dan Perencanaan Pembangunan, Agustus 2013, hal.180

⁴ *Ibid.*

masing daerah memiliki kultur berbeda-beda memandang anak luar kawin ini dengan cara yang berbeda pula, sehingga tidak jarang anak luar kawin ini diberlakukan diskriminatif, pada hal anak luar kawin itu secara fitrah adalah sama dengan anak pada umumnya, yakni merupakan amanah dan anugrah dari Tuhan Yang Maha Esa yang didalam dirinya melekat harkat dan martabat sebagai manusia seutuhnya.

Setiap anak mempunyai harkat dan martabat yang patut dijunjung tinggi; dan setiap anak yang terlahir harus mendapat hak-haknya tanpa anak tersebut meminta. Hak tersebut merupakan hak dasar yang secara kodrati melekat pada diri manusia, bersifat universal dan langgeng. Oleh karena itu harus dilindungi, dihormati, dipertahankan, dan tidak boleh diabaikan, dikurangi atau dirampas oleh siapapun. Hal ini dapat dilihat pada UUD-NRI 1945 pada Bab X tentang Hak Asasi Manusia, di dalam ketentuan Pasal 28 A ditentukan: "Setiap orang berhak untuk hidup serta mempertahankan hidup dan kehidupannya".

Hak asasi manusia sebagai anugrah Tuhan Yang Maha Esa, biasa dirumuskan sebagai hak kodratiah yang melekat dimiliki oleh manusia sebagai karunia pemberian Tuhan kepada insan manusia dalam menopang dan mempertahankan hidup dan prikehidupannya di muka bumi. DF. Scheltens sebagaimana dikutip oleh Nurul Qamar di dalam sebuah bukunya mengemukakan bahwa Hak Asasi Manusia adalah hak yang diperoleh setiap manusia sebagai konsekuensi ia dilahirkan menjadi manusia.⁵

Pasal 1 Butir 1 Undang-Undang Republik Indonesia Nomor. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia yang selanjutnya disebut UU-HAM memberikan rumusan tentang HAM sebagai seperangkat hak yang melekat pada hakikat dan keberadaan manusia sebagai mahluk Tuhan Yang Maha Esa dan merupakan anugrah-Nya yang wajib dihormati, dijunjung tinggi dan dilindungi oleh Negara, hukum, pemerintah, dan setiap orang

⁵ DF.Scheltens dalam Nurul Qamar, *Hak Asasai Manusia dalam Negara Hukum Demokrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hal.16

demi kehormatan serta perlindungan harkat dan martabat manusia.

Jika HAM merupakan hak yang diperoleh setiap manusia sebagai konsekuensi ia ditakdirkan lahir sebagai manusia, maka semua hak-haknya yang melekat padanya wajib untuk dihormati. Mengenai hak-hak anak ini, sesuai dengan ketentuan Konvensi Hak Anak (*Convention on the Rights of Child*) yang disahkan oleh Majelis Umum PBB pada tanggal 20 November 1989 dan berlaku sebagai hukum internasional pada tanggal 2 September 1990, dan telah diratifikasi oleh pemerintah Indonesia melalui Keputusan Presiden Nomor 36 Tahun 1990 pada tanggal 25 Agustus 1990; dikemukakan bahwa di dalam Konvensi ini telah melahirkan prinsip-prinsip/asas umum perlindungan anak, yaitu (1) perlindungan aktif (*active protection*), (2) nondiskriminasi (*nondiscrimination*), (3) sesuatu yang terbaik bagi anak (*the best interest of the child*), (4) hak hidup, keberlangsungan hidup, dan perkembangan (*the right to life, survival, and development*) dan (5) penghargaan terhadap pendapat anak (*respect for the views of the child*).

Prinsip-prinsip/asas tersebut juga terdapat didalam ketentuan Undang-undang Nomor 23 tahun 2002 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak (yang selanjutnya disebut UU Perlindungan Anak) yang dibentuk oleh pemerintah agar hak-hak anak dapat diimplementasikan di Indonesia. Dari sisi kehidupan berbangsa dan bernegara anak adalah masa depan bangsa dan generasi penerus cita-cita bangsa, sehingga setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan. Kepedulian pemerintah Indonesia terhadap harkat dan martabat anak sebenarnya sudah terlihat sejak tahun 1979 di dalam Undang-Undang Nomor 4 tahun 1979 tentang Kesejahteraan anak (yang selanjutnya disebut UU Kesejahteraan anak). Namun hingga keluarnya UU Perlindungan Anak sampai sekarang kesejahteraan anak dan pemenuhan hak-hak anak masih jauh dari yang diharapkan

apalagi terhadap anak-anak yang lahir diluar perkawinan yang sah atau yang sering disebut sebagai “anak luar kawin”.

Mengingat perkembangan masyarakat di Indonesia dewasa ini semakin banyak anggapan, bahwa hubungan seks di luar ikatan perkawinan sah tidaklah merupakan suatu masalah yang luar biasa; sehingga sering kali terjadi kelahiran anak di luar suatu ikatan perkawinan sah. Dalam kehidupan sehari-hari anak luar kawin seringkali mendapat sebutan sebagai anak haram, yaitu anak yang tak menentu siapa bapaknya. Artinya anak yang lahir tersebut hanya mempunyai status serta hubungan biologis dan yuridis dengan ibu kandungnya saja, tidak mempunyai hubungan yuridis dengan seorang ayah. Hal ini disebabkan oleh tidak jelasnya siapa yang menjadi ayah dari anak luar kawin tersebut. Dengan demikian dari adanya fakta tersebut, nampak dengan jelas akan membawa akibat bagi anak luar kawin tersebut, yakni sudah dapat dipastikan anak luar kawin tersebut tidak akan memperoleh hak-haknya secara maksimal sebagai anak bangsa. Untuk itu kesejahteraan dan keadilan bagi anak luar kawin akan semakin sulit terwujud. Bagaikan fatamorgana, seperti orang melihat langit yang seolah-olah kelihatan, akan tetapi tidak pernah menjangkaunya, bahkan juga tidak pernah mendekatinya.

Menurut ketentuan Pasal 1 UU Kesejahteraan Anak ; anak sejak dalam kandungan hingga berusia delapan belas tahun berhak mendapat perlindungan dan kesejahteraan. Hal ini berarti, bahwa sejak dalam kandungan, kedua orang tuanya wajib memberi pemenuhan gizi yang cukup agar dia dapat lahir sehat dan cukup berat badannya. Demikian pula halnya dengan anak luar kawin, mereka semua berhak mendapatkan hak-haknya sebagai anak bangsa. Setelah lahir, iapun berhak untuk mendapatkan identitas melalui akta kelahiran. Akta kelahiran sangat dibutuhkan pada saat anak masuk sekolah, memperoleh tunjangan keluarga, melamar pekerjaan, pembagian waris, mengurus bea siswa, pensiun, membuat paspor, kartu tanda penduduk (KTP), hingga mengurus asuransi. Akan tetapi kenyataannya, didalam pergaulan sosial masyarakat, anak luar kawin sering mendapatkan perlakuan yang diskriminatif

didalam upaya mendapatkan pengakuan kedudukannya sebagai subyek hukum yang mempunyai hak dan kewajiban yang sama kepada bangsa dan Negara seperti halnya dengan anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah. Hukum kurang memberikan perlindungan bagi anak luar kawin tersebut sebagai anak bangsa yang hidup dan tumbuh di negara yang berdasarkan atas hukum, padahal didalam konstitusi Negara Indonesia setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Pengertian “setiap anak” berarti semua anak tidak terkecuali anak-anak yang lahir diluar suatu ikatan perkawinan yang sah. Hal mana secara jelas dapat dilihat seperti yang telah diatur dalam ketentuan UUD-NRI 1945 pada Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2) serta didalam Pasal 28 D ayat (1), yang menentukan

Pasal 28B

- (1)Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
- (2)Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Pasal 28D

- (1)Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.

Terkait dengan pengakuan terhadap anak luar kawin ini, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia sebagai salah satu kekuasaan kehakiman yang merdeka untuk menyelenggarakan peradilan guna menegakkan hukum dan keadilan, pada hari Senin tanggal, 17 Pebruari 2012 telah membuat putusan yang mengejutkan banyak pihak, yakni dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 terkait dengan adanya pengakuan terhadap kedudukan hukum bagi anak luar kawin, yang amar lengkapnya berbunyi sebagai berikut :

Mengadili, Menyatakan:

1. Mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian;
2. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor : 3019) yang menyatakan,
“Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;
3. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor : 3019) yang menyatakan,
“Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca, “Anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”,
4. Menolak permohonan para pemohon untuk selain dan selebihnya;
5. Memerintahkan untuk memuat putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Putusan ini lebih lanjut menciptakan adanya pro dan kontra dari berbagai pihak, baik dari kalangan akademisi, praktisi hukum maupun dari kalangan masyarakat luas. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 mengenai pengakuan anak di luar perkawinan sangat mengejutkan dan tidak berlebihan apabila putusan ini dapat dikatakan sebagai sesuatu yang menggemparkan dunia hukum di Indonesia, dan oleh Redaktur Ikhlas Beramal, Media Informasi Kementerian Agama menyebut dengan istilah putusan yang sangat Revolusioner.⁶

Keberadaan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 dalam perkembangannya ternyata disikapi dengan berbagai pandangan, yang di antaranya menimbulkan kontroversi yang menonjol adalah dalam memaknai apa yang dimaksud dengan “anak luar kawin”. Di dalam UU Perkawinan tidak ada disebutkan secara jelas mengenai anak luar kawin, yang ada hanya pengertian mengenai anak yang sah sebagaimana yang diatur didalam ketentuan Pasal 42 yang menentukan bahwa anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Sehingga dari pengertian ini secara *logika argumentum a contrario* yang dimaksud dengan anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah. Sebagian ada yang berpendapat, bahwa anak luar kawin adalah anak yang lahir dari perkawinan yang memenuhi syarat *syar’i* namun tidak dicatatkan (anak yang lahir dari perkawinan di luar ketentuan undang-undang). Pendapat lain menyebutkan bahwa anak luar kawin sesuai dengan pemahaman yang umumnya berkembang adalah anak zina. Terhadap makna pendapat kedua akan memunculkan bahaya, karena memberi peluang untuk melegalkan perbuatan zina.⁷

⁶ Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Status Anak Hasil Nikah Siri Bisa Mengancam Eksistensi Lembaga Perkawinan, “Ikhlas Beramal”, Media Informasi Kementerian Agama, Edisi 73 Februari 2012, hal. 22-25

⁷ H. Asasriwarni, *Kepastian Hukum Itsbat Nikah Terhadap Suatu Perkawinan, Anak dan harta Perkawinan*, Download, senin, 28 Mei 2012.

Ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan mengatur, bahwa “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Pada tanggal 17 Pebruari 2012, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia menyatakan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan tersebut inkonstitusional bersyarat. Dalam amar putusannya, Mahkamah Konstitusi menyatakan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tersebut bertentangan dengan UUD-NRI 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan dengan laki-laki yang dapat dibuktikan melalui ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya.

Mahkamah Konstitusi sebagai lembaga peradilan yang berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir dengan putusannya yang bersifat final. Mahkamah Konstitusi memberikan dampak yang besar atas hukum waris di Indonesia. Pengaturan awalnya dalam Hukum Waris Perdata bagi anak luar kawin mendapat warisan jika telah diakui dan disahkan. Namun sejak adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut, anak luar kawin diakui sebagai anak yang mempunyai hubungan perdata dengan ayah biologisnya, bilamana dapat dibuktikan bahwa memang terbukti berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah dengan laki-laki tersebut.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut tidak hanya berlaku pada pihak yang berperkara saja tetapi berlaku secara umum di Indonesia. Atas putusan yang mengakui hubungan anak luar kawin dengan Ayah biologisnya ini akan melahirkan banyak gugatan ke Pengadilan Agama dan Pengadilan Negeri. Hukum Perdata mengatur seluruh segi kehidupan manusia sejak lahir dan masih dalam kandungan sampai meninggal dunia. Seperti sudah diketahui bersama, bahwa KUH.Perdata hanya berlaku bagi mereka yang tunduk atau menundukkan diri pada KUH. Perdata, khususnya mengenai hukum waris adalah warga negara Indonesia keturunan Tionghoa dan Eropah, sedangkan golongan Bumi Putra tunduk pada Hukum Adat dan Hukum Islam yang

sudah diresipir oleh Hukum Adat, sehingga bagi mereka berlaku hukum waris adat.

Peristiwa hukum yang baru tentu akan memberikan dampak atas pengaturan hukum yang lama (*lex posterior derogat legi priori*). Akhirnya oleh karena putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tidak mengatur secara jelas tentang kedudukan anak luar kawin beserta hak-haknya. Di dalam putusan tersebut tidak diberikan batasan yang jelas mengenai pengertian anak luar kawin yang dimaksud, apakah anak luar kawin hasil perzinahan, anak sumbang ataukah anak hasil dari perkawinan siri, sehingga masih terdapat norma yang kabur, dan disamping itu peraturan lebih lanjut pun tidak ada yang mengatur mengenai hak-hak keperdataan anak luar kawin. Pasal 43 Ayat (2) UU Perkawinan yang menentukan bahwa kedudukan anak luar kawin selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah, namun didalam kenyataannya sudah hampir setengah abad berlakunya UU Perkawinan sejak diundangkannya, ternyata peraturan pemerintah yang telah dijanjikan oleh pembuat Undang-undang yang diharapkan dijadikan acuan untuk mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin sampai saat ini belum ada, sehingga keberadaan hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya setelah keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 masih belum mendapatkan keadilan maupun kepastian hukum. Sehingga nampak seolah-olah putusan MK Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebuari 2012 tersebut tidak berkekuatan hukum, padahal sesungguhnya putusan MK tersebut bersifat final dan mengikat.

Bertolak dari adanya ketidakjelasan peraturan yang mengatur mengenai hak-hak keperdataan anak luar kawin tersebut; dan mengingat batasan mengenai anak luar kawin tersebut sangat luas, maka di dalam disertasi ini akan diteliti mengenai anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini. Dipilihnya judul ini untuk dijadikan obyek penelitian karena perkawinan siri ini

banyak menimbulkan pandangan di masyarakat yang saling bertentangan, yaitu bagi yang mendukung, mereka menganggap perkawinan siri adalah perkawinan yang telah memenuhi rukun islam, sehingga secara adat dan agama dianggap sah dengan demikian anak-anak yang dilahirkan-pun dianggap sebagai anak sah, namun bagi yang kontra, perkawinan siri ini dianggap sebagai perkawinan yang tidak sah karena tidak dicatatkan di kantor pegawai pencatat nikah (KUA bagi yang beragama islam, kantor catatan sipil bagi non islam), sehingga anak-anak yang dilahirkannya dianggap sebagai anak tidak sah atau anak luar kawin.

Istilah siri dalam kekerabatan rumah tangga, adalah siri berarti sembunyi atau rahasia. Lantas, banyak pasangan yang melakukan pernikahan secara diam-diam tanpa diketahui kedua belah pihak keluarga. Namun ada pula yang melakukan perkawinan siri secara terang-terangan seperti di dalam kasus Syeh Pudjiono dengan isteri mudanya yang bernama Ulfa Dwiyantri yang baru berumur 12 tahun yang menghebohkan hukum perkawinan di Indonesia, karena Syeh Pudjiono telah melakukan perkawinan secara siri dengan anak di bawah umur, namun telah disetujui oleh keluarga para pihak mempelai, meskipun akhirnya Kapolda Jawa Tengah menetapkan Syeh Pudjiono sebagai tersangka dan telah diputus oleh pengadilan dengan hukuman penjara, demikian pula di dalam kasus perkawinan siri bupati Garut Aceng Fikri yang telah menceraikan isteri sirinya hanya lewat SMS setelah dinikahi hanya dalam jangka waktu 3 hari.

Memperhatikan dampak perkawinan siri ini banyak menimbulkan kerugian bagi isteri dan anaknya pada umumnya baik secara hukum maupun secara sosial. Secara hukum isteri dianggap sebagai isteri yang tidak sah, sehingga tidak berhak atas harta gono-gini jika terjadi perpisahan, karena secara hukum perkawinan tersebut dianggap tidak pernah terjadi. Demikian pula anaknya dianggap tidak mempunyai hubungan hukum dengan ayahnya. Sedangkan secara sosial isteri akan sulit untuk bersosialisasi karena perempuan yang melakukan perkawinan siri dianggap telah tinggal serumah dengan laki-laki tanpa ikatan perkawinan atau sering disebut sebagai isteri simpanan.

Oleh karena ada beberapa model perkawinan siri, yaitu ada yang dilakukan secara sukarela dan ada pula yang dilakukan secara diam-diam, namun sudah dapat diterka akan membawa masalah dikemudian hari baik bagi isteri maupun anak-anak yang dilahirkan karena perkawinannya tidak dicatatkan, maka di dalam disertasi ini yang akan dikaji lebih mendalam adalah anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini. Penelitian terhadap anak luar kawin sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini ini dilakukan, karena anak luar kawin model inilah yang sering hidupnya terlantar dan bahkan sama sekali tidak mendapatkan perhatian dari ayah biologisnya, sehingga tidak dapat tumbuh dan berkembang sebagaimana layaknya seperti anak yang lahir dari perkawinan yang sah.

Penelitian terhadap anak luar kawin model ini akan dikaji secara mendalam dengan mengacu pada putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, karena di dalam putusan MK tersebut dinyatakan bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya. Untuk itu maka perlu dilakukan analisis lebih mendalam agar dapat ditemukan hakekat kedudukan hukum anak luar kawin tersebut didalam hubungannya dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut telah merubah hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya, dimana sebelumnya, anak luar kawin hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya, namun semenjak dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 ternyata anak luar kawin diakui tidak saja mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga Ibunya, akan tetapi juga mempunyai hubungan perdata dengan laki-laki sebagai ayah biologisnya dan keluarga ayahnya, sehingga terjadi perubahan terhadap konsep hubungan keperdataan antara anak luar kawin tersebut dengan ayah biologisnya.

Amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 yang telah merubah ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya; sedangkan di dalam ayat (2) nya dinyatakan bahwa kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah. Dalam perkembangan saat ini, ternyata peraturan pemerintah yang diharapkan mengatur mengenai hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya sampai saat ini masih belum ada, khususnya menyangkut hak waris dari anak luar kawin ini. Berbicara mengenai hubungan keperdataan berarti membicarakan mengenai hubungan timbal balik antara orang tua dengan anak-anaknya yang menimbulkan hak dan kewajiban secara bertimbal balik sebagaimana yang telah diatur didalam ketentuan Pasal 45, Pasal 46 dan Pasal 47 UU Perkawinan, termasuk pula mengenai timbulnya hak waris atas anak dalam hal orang tuanya meninggal dunia. Memperhatikan amar putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tidak dijelaskan didalam pertimbangan hukumnya

mengenai hubungan perdata yang dimaksud apakah juga menyangkut hak untuk mewaris ataukah hanya terbatas pada hubungan keperdataan yang dimaksud oleh ketentuan Pasal 45 dan Pasal 46 UU Perkawinan. Dengan memperhatikan adanya kekaburan norma tersebut, maka akan sangat menarik untuk dikaji lebih mendalam tentang hakekat kedudukan hukum anak luar kawin khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini dilihat dari sudut pandang putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012.

Oleh karena Amar Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 hanya menyebut anak luar kawin, sehingga menimbulkan pro dan kontra baik dari kalangan akademisi, kalangan praktisi hukum, agamawan maupun di dalam masyarakat muslim. Putusan Mahkamah konstitusi tersebut dinyatakan oleh pihak yang pro/mendukung jelas Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dinyatakan sebagai terobosan hukum yang sangat mulia, karena telah memberikan perlindungan hukum kepada anak luar kawin yang selama ini tidak mempunyai kedudukan yang seimbang dengan anak sah. Sedangkan terhadap pendapat yang kontra, jelas putusan Mahkamah Konstitusi tersebut dianggap sebagai suatu norma yang akan melegalkan adanya perzinahan, perselingkuhan dan hubungan suami isteri yang tidak sah lainnya, yang sudah sangat jelas bertentangan dengan hukum yang berlaku di Negara Indonesia yang berdasarkan atas Pancasila yang sangat menghormati norma moral dan norma agama.

Berkenaan dengan hal tersebut, oleh karena batasan mengenai pengertian anak luar kawin tersebut masih menunjukkan adanya perbedaan persepsi diantara para agamawan, praktisi hukum maupun masyarakat luas khususnya kaum ulama, maka di dalam buku ini pokok bahasannya akan dibatasi hanya mengenai anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari adanya perkawinan siri yang dilakukan oleh seorang laki-laki sebagai ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan

isterinya, dan isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini.⁸ Yaitu pertama, mengenai hakekat kedudukan hukum anak luar kawin dalam Undang-Undang Nomor 1 tahun 1974, dan yang kedua, mengenai apa *Ratio Legis* dan implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/ PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 terhadap kedudukan anak luar kawin? Anak yang dimaksud disini adalah anak yang berusia diantara 0 tahun sampai dengan 18 tahun. Karena di dalam rentang usia ini anak tersebut baik secara rohani, jasmani maupun sosial belum memiliki kemampuan untuk berdiri sendiri, sehingga menjadi kewajiban bagi generasi yang terdahulu untuk menjamin, memelihara dan mengamankan kepentingan anak tidak terkecuali anak luar kawin. Pemeliharaan, jaminan dan pengamanan kepentingan ini selayaknya dilakukan oleh pihak-pihak yang mengasuhnya dibawah pengawasan dan bimbingan Negara, dan apabila perlu oleh Negara sendiri.

1.2. Landasan Teori dan Penjelasan Konsep.

1.2.1. Landasan Teori

Menganalisis mengenai pokok masalah yang menjadi kajian didalam sebuah penelitian dapat dilakukan dengan menggunakan teori. Teori pada hakekatnya adalah seperangkat konstruksi (konsep), batasan dan proposisi yang menyajikan suatu pandangan sistematis, tentang fenomena dengan merinci hubungan antar variabel, dengan tujuan menjelaskan dan memprediksi gejala itu.⁹ Teori juga berarti serangkaian asumsi,

⁸ Istilah poligini diartikan sebagai suatu perbuatan hukum yang dilakukan oleh seorang laki-laki yang mengawini /menikahi dua orang atau lebih perempuan di dalam suatu ikatan perkawinan; sebagai lawan kata dari poligini ini adalah poliandri, yaitu seorang perempuan yang menikah dengan banyak laki-laki; sedangkan pemahaman yang umum yang perlu diluruskan adalah pengertian mengenai poligami. Poligami yang asal katanya dari poli dan gamain yang artinya banyak kawin; jadi poligami adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh laki-laki atau perempuan yang banyak melakukan perkawinan.

⁹ Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003, hal. 14.

konsep, definisi, proposisi untuk menerangkan suatu fenomena sosial secara sistematis dengan cara merumuskan hubungan antar konsep.¹⁰ Oleh karena itu dalam bentuknya yang paling sederhana, suatu teori merupakan hubungan antara dua variabel atau lebih yang telah teruji kebenarannya.¹¹ Pada penelitian ini menggunakan beberapa teori yang terkait dengan pembahasan pokok masalah masing-masing.

a. Teori Tujuan Hukum

a.1. Keadilan Hukum.

Keadilan merupakan salah satu tujuan hukum yang paling banyak dibicarakan sepanjang perjalanan filsafat hukum. Tujuan hukum bukan hanya keadilan, kepastian hukum tetapi juga menyangkut kemanfaatan hukum. Idealnya hukum memang harus mengakomodasikan ketiganya. Putusan hakim misalnya, sedapat mungkin merupakan *resultant* dari ketiganya. Sekalipun demikian, tetap ada diantara ketiga tujuan hukum tersebut, keadilan merupakan tujuan hukum yang paling penting. Seperti yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch yang menyatakan bahwa tujuan hukum sebagai perwujudan keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum dalam pergaulan manusia, yakni kepastian oleh karena hukum dan kepastian dalam atau dari hukum.¹² Bahkan Bentham, J. berpendapat bahwa hukum bertujuan untuk mewujudkan semata-mata yang berfaedah saja, jadi untuk menjamin adanya kebahagiaan sebesar-besarnya pada masyarakat.¹³

Ulpianus (200M) menggambarkan keadilan sebagai *justitia constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* (keadilan adalah kehendak yang terus menerus dan tetap

¹⁰ Burhan Ashshofa, *Metode Penelitian Hukum*, Rineka Cipta, Jakarta, 2004, hal.19.

¹¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, UNI Press, Jakarta, 2008, hal.126-127.

¹² Nurul Qamar, *Hak Asasi Manusia Dalam Negara Hukum Demokrasi (Human Rights in Democratic Rechtsstaat)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hal.13

¹³ *Ibid.*

memberikan kepada masing-masing apa yang menjadi haknya) *atau tribuere cuique suum to give everybody his own*, keadilan memberikan kepada setiap orang yang menjadi haknya. Perumusan itu dengan tegas mengakui hak masing-masing person terhadap lainnya, serta apa yang seharusnya menjadi bagiannya, demikian pula sebaliknya.

Keadilan sudah dibicarakan sejak zaman dulu kala. Dalam hubungan antara keadilan dengan Negara, Plato (428-348 SM) menyatakan bahwa Negara ideal adalah apabila didasarkan atas keadilan; dan keadilan baginya adalah keseimbangan dan harmoni. Harmoni disini artinya warga hidup sejalan dan serasi dengan tujuan negara (*polis*), dimana masing-masing warga negara menjalani hidup secara baik sesuai dengan kodrat dan posisi sosialnya masing-masing.¹⁴

Keadilan menurut Aristoteles dalam Agus Yudha Hernoko, dalam karyanya *Nichomachean Ethics* mengungkapkan, bahwa keadilan mengandung arti berbuat kebajikan, atau dengan kata lain, keadilan adalah kebijakan yang utama. Menurut Aristoteles menyatakan: "*Justice consists in treating equals equality and un-equal un-equality, in proportion to their inequality*".¹⁵

Prinsip ini berpijak dari asumsi untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama, secara proporsional. Aristoteles membagi keadilan menjadi dua bentuk, pertama keadilan distributif, adalah keadilan yang ditentukan oleh pembuat undang-undang, distribusinya memuat jasa, hak, dan kebaikan bagi anggota-anggota masyarakat menurut prinsip kesamaan proporsional. Kedua, keadilan korektif, yaitu keadilan yang menjamin, mengawasi dan memelihara distribusi ini melawan serangan-serangan illegal. Fungsi korektif keadilan pada prinsipnya diatur oleh hakim dan menstabilkan kembali sta-

¹⁴ Soetanto Soepiadhy, *Keadilan Hukum*, Surabaya Pagi, Rabu Legi, 28 Maret 2012.

¹⁵ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas dalam Kontrak Komersial*, Laksbang Mediatama, Yogyakarta, 2008, hal. 36.

tus quo dengan cara mengembalikan milik korban yang bersangkutan atau dengan cara mengganti atas miliknya yang hilang.¹⁶

Cicero mengatakan, bahwa orang dinilai baik dilihat dari perilaku keadilannya. Menurutnya ada tiga kebajikan moral yaitu keadilan, pengendalian diri, dan sopan santun¹⁷. Perkembangan lebih lanjut tentang keadilan, Thomas Aquinas mengajukan tiga struktur fundamental (hubungan dasar), yaitu a) hubungan antar individu (*ordo partium ad partes*); b) hubungan antar masyarakat sebagai keseluruhan dengan individu (*ordo totius ad partes*); dan c) hubungan antar individu terhadap masyarakat secara keseluruhan (*ordo partium ad totum*).¹⁸

Menurut Thomas Aquinas menyatakan keadilan distributif pada dasarnya merupakan penghormatan terhadap person manusia (*acceptio personarum*) dan keluhurannya (*dignitas*). Dalam konteks keadilan distributif, keadilan dan kepatutan (*equitas*) tidak tercapai semata-mata dengan penetapan nilai yang aktual, melainkan juga atas dasar kesamaan antara satu hal dengan hal lainnya (*aqualitas rei ad rem*). Ada dua bentuk kesamaan, yaitu a) kesamaan proporsional (*aqualitas proportionis*); dan b) kesamaan kuantitas atau jumlah (*aqualitas quantitas*).¹⁹

Thomas Aquinas juga menyatakan bahwa penghormatan terhadap person dapat terwujud apabila ada sesuatu yang dibagikan/diberikan kepada seseorang sebanding dengan yang seharusnya ia terima (*praeter proportionem dignitatis ipsius*). Dengan dasar itu maka pengakuan terhadap person harus diarahkan pada pengakuan terhadap kepatutan (*equity*),

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ E. Sumaryono, *Etika Profesi Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995, hal.124 (selanjutnya disebut E. Sumaryono I).

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ E. Sumaryono, *Etika Hukum Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002, hal.90-91.

kemudian pelayanan dan penghargaan didistribusikan secara proporsional atas dasar harkat dan martabat manusia.²⁰

Thomas Aquinas membedakan keadilan atas dua kelompok, yaitu keadilan umum (*iustitia generalis*) dan keadilan khusus (*iustitia specialis*). Keadilan umum adalah keadilan menurut kehendak undang-undang, yang harus ditunaikan demi kepentingan umum. Selanjutnya, keadilan khusus adalah keadilan atas dasar kesamaan atau proporsionalitas. Keadilan khusus ini dibedakan menjadi 1) keadilan distributif (*iustitia distributive*) 2) keadilan komutatif (*iustitia commutativa*), dan 3) keadilan vindikatif (*iustitia vindicativa*). Keadilan distributif adalah keadilan yang secara proporsional diterapkan dalam lapangan hukum publik secara umum. Sebagai contoh, Negara hanya akan mengangkat seseorang menjadi hakim, apabila orang itu memiliki kecakapan menjadi hakim. Keadilan komutatif adalah keadilan dengan mempersamakan antara prestasi dan kontraprestasi. Keadilan vindikatif adalah keadilan dalam tindak pidana. Seorang dianggap adil apabila ia dipidana badan atau denda sesuai dengan besarnya hukuman yang telah ditentukan atas tindak pidana yang dilakukannya²¹.

Pemikiran kritis memandang, bahwa keadilan tidak lain sebuah fatamorgana, seperti melihat langit yang seolah-olah kelihatan, akan tetapi tidak pernah menjangkaunya, bahkan juga tidak pernah mendekatnya. Walaupun demikian, haruslah diakui, bahwa hukum tanpa keadilan akan terjadi kesewenang-wenangan. Sebenarnya keadilan dan kebenaran merupakan nilai kebajikan yang paling utama sehingga nilai-nilai itu tidak bisa ditukar dengan nilai apapun. Dari sisi teori etis ini, lebih mengutamakan keadilan hukum dengan mengurangi sisi kepastian hukum dan kemanfaatan hukum seperti sebuah bandul (pendulum jam) Mengutamakan keadilan hukum saja, maka akan berdampak pada kurangnya kepas-

²⁰ E. Sumaryono I, *loc.cit.*

²¹ *Ibid.*

tian hukum dan kemanfaatan hukum, demikian juga sebaliknya.²²

Pembagian keadilan menurut pengarang modern, antara lain yang dilakukan oleh John Boatright dan Manuel Velasques yaitu :

1) keadilan distributive (*distributive justice*); mempunyai pengertian yang sama pada pola tradisional, dimana *benefit and burdens* harus dibagi secara adil, 2) keadilan retributive (*retributive justice*) berkaitan dengan terjadinya kesalahan, dimana hukum atau denda dibebankan kepada orang yang bersalah haruslah bersifat adil, 3) keadilan kompensatoris (*compensatory justice*), menyangkut juga kesalahan yang dilakukan, tetapi menurut aspek lain, dimana orang mempunyai kewajiban moral untuk memberikan kompensasi atau ganti rugi kepada pihak lain yang dirugikan.²³

Dari beberapa perbedaan tentang keadilan tersebut di atas, keadilan distributif dipandang sebagai awal mula segala jenis teori keadilan. Dinamika keadilan yang berkembang di masyarakat dalam telaah para ahli pada umumnya berlandaskan pada teori keadilan distributif, meskipun dengan berbagai versi dan pandangannya masing-masing.

Dalam teori etika modern terdapat dua prinsip untuk keadilan distributif, yaitu prinsip formal dan prinsip material.²⁴ Prinsip formal, yaitu untuk hal-hal yang sama diperlakukan sama, dan yang tidak sama juga diperlakukan tidak sama secara proporsional. Prinsip material, prinsip ini melengkapi prinsip formal. Hal yang sama dikemukakan oleh L.J. Van Apeldoorn,²⁵ J. Van Kan dan J.H. Beekhuis,²⁶ bahwa

²² Soetanto Soepiady, *Keadilan Hukum*, Surabaya Pagi, 28 Maret 2012.

²³ Agus Yudha Hernoko, *Op. Cit*, hal. 38.

²⁴ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hal.39.

²⁵ L.J. Van Apeldoorn, *Op.Cit*, hal 11-13.

²⁶ L.J. Van Kan dan J.H. Beekhuis, *Pengantar Ilmu Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1990, hal.171-172.

keadilan itu memperlakukan sama terhadap hal yang sama dan memperlakukan yang tidak sama sebanding dengan ketidaklaksanaannya. Asas keadilan tidak menjadikan persamaan hakiki dalam pembagian kebutuhan-kebutuhan hidup. Hasrat akan persamaan dalam bentuk perlakuan harus membuka mata bagi ketidaksamaan dari kenyataan-kenyataan.

Beauchamp dan Bowie, mengajukan enam prinsip keadilan distributif terwujud, yaitu yang diberikan :

- a) kepada setiap orang bagian yang sama;
- b) kepada setiap orang sesuai dengan kebutuhan individualnya;
- c) kepada setiap orang sesuai dengan haknya;
- d) kepada setiap orang sesuai dengan usaha individualnya;
- e) kepada setiap orang sesuai dengan kontribusinya;
- f) kepada setiap orang sesuai dengan jasanya (merit).²⁷

Berkenaan dengan hubungan antara orang tua dan anak, maka ada baiknya dilihat hakekat keadilan dalam perjanjian, beberapa sarjana mengajukan pemikirannya tentang keadilan yang berbasis perjanjian, antara lain John Locke, Rosseau, Immanuel Kant, serta John Rawls.²⁸ Para pemikir tersebut menyadari bahwa tanpa perjanjian serta hak dan kewajiban yang ditimbulkannya, maka hubungan antara individu dengan masyarakat tidak akan berjalan. Oleh karena itu tanpa adanya perjanjian, orang tidak akan bersedia terikat dan bergantung pada pernyataan pihak lain. Perjanjian memberikan sebuah cara dalam menjamin bahwa masing-masing individual akan memenuhi janjinya, dan selanjutnya hal ini memungkinkan terjadinya transaksi diantara mereka.

Teori keadilan Rawls merupakan teori yang dianggap fenomenal dan paling banyak diperdebatkan oleh para ahli²⁹.

²⁷ *Ibid*, hal.183 periksa juga Andre Ata Ujan, *Op.Cit*, hal. 29.

²⁸ Agus Yuda Hernoko, *Op.Cit*, hal40

²⁹ John Rawls, *A Theori of Justice* (Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press Combridge, 1971), Revised Edition, p.10

Teori keadilan Rawls bertitik tolak dari kritiknya atas kegagalan teori-teori keadilan yang berkembang sebelumnya. Kegagalan tersebut disebabkan oleh substansinya yang sangat dipengaruhi baik utilitarianisme maupun intuisiisme.³⁰

Ronald Dworkin menyebutnya sebagai teori “*goal based theory*” menyatakan, bahwa utilitarianisme gagal untuk menjamin keadilan sosial karena lebih mendahulukan asas manfaat daripada asas hak. Oleh karena itu utilitarianisme tidak tepat untuk dijadikan basis untuk membangun suatu konsep keadilan³¹. John Rawls mengkritik utilitarianisme yang dipelopori Jeremy Bentham dan dikembangkan oleh John Stuart Mill, sebagai pandangan moral yang sangat dominan dengan pahamnya yang mengajarkan bahwa benar salahnya peraturan atau tindakan manusia tergantung pada konsekuensi langsung dari peraturan atau tindakan tertentu yang dilakukan. Dengan demikian baik buruknya tindakan manusia secara moral sangat tergantung pada baik buruknya konsekuensi tindakan tersebut bagi manusia.³²

Selanjutnya John Rawls menyatakan, adalah tidak adil mengorbankan hak dari satu atau beberapa orang hanya demi keuntungan ekonomis yang lebih besar bagi masyarakat secara keseluruhan. Sikap ini justru bertentangan dengan keadilan sebagai *fairness* yang menuntut prinsip kebebasan yang sama sebagai basis yang melandasi pengaturan kesejahteraan sosial. Oleh karenanya pertimbangan ekonomis tidak boleh bertentangan dengan prinsip kebebasan dan hak yang sama bagi semua orang. Dengan kata lain, keputusan sosial yang mempunyai akibat bagi semua anggota masyarakat harus dibuat atas dasar hak (*right based weight*). Hanya dengan itu keadilan sebagai *fairness* dinikmati semua orang.³³

John Rawls, juga mengkritik intuisiisme karena tidak memberi tempat memadai pada asas rasionalitas. Intuisiis-

³⁰ Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi (Telaah Filsafat Politik John Rawls)*, Kanisius, Yogyakarta, 1999, hal.21.

³¹ *Ibid.*

³² Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit.* hal.191

me dalam proses pengambilan keputusan (moral) lebih mengandalkan kemampuan intuisi manusia. Dengan demikian pandangan ini juga tidak memadai apabila dijadikan pegangan dalam mengambil keputusan, terutama pada waktu terjadinya konflik antara norma-norma moral.³⁴

Dalam kaitan ini John Rawls menyebut *justice as fairness* yang ditandai adanya prinsip rasionalitas, kebebasan, dan kesamaan. Oleh karena itu diperlukan prinsip-prinsip keadilan yang lebih mengutamakan asas hak daripada asas manfaat. John Rawls merumuskan dua prinsip keadilan distributif sebagai berikut:

- (1) *The greatest equal principle*, bahwa setiap orang harus memiliki hak yang sama atas kebebasan dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Ini merupakan hal yang paling mendasar (hak asasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan kebebasan yang sama bagi semua orang, maka keadilan akan terwujud.
- (2) Ketidaksamaan sosial dan ekonomi harus diatur sedemikian rupa sehingga perlu diperhatikan asas atau prinsip berikut :
 - a. *The different principle*; dan
 - b. *The principle of fair equality of opportunity*. Prinsip ini diharapkan memberikan keuntungan terbesar bagi orang-orang yang kurang beruntung, serta memberikan penegasan bahwa dengan kondisi dan kesempatan yang sama, semua posisi dan jabatan harus terbuka bagi semua orang.³⁵

Dengan penekanannya yang begitu kuat pada pentingnya memberi peluang yang sama bagi semua pihak, John Rawls mengatakan bahwa prinsip (1) yaitu *The greatest equal principle*, harus lebih diprioritaskan dari prinsip (2) apabila kedua-

³³ Andre Ata Ujan, *Op.Cit*, hal.18.

³⁴ *Ibid* hal. 21-22

³⁵ *Ibid*.

nya berkonflik. Sedangkan prinsip (2) b, yaitu *The principle of fair equality of opportunity* harus lebih diprioritaskan dari bagian a, yaitu *The different principle*.³⁶

Keadilan harus dipahami sebagai *fairness*, dalam arti bahwa tidak hanya mereka yang memiliki bakat dan kemampuan yang lebih baik saja yang berhak menikmati pelbagai manfaat sosial lebih banyak, tetapi keuntungan tersebut juga harus membuka peluang bagi mereka yang kurang beruntung untuk meningkatkan prospek hidupnya. Dalam kaitannya dengan hal tersebut, pertanggungjawaban moralitas “kelebihan” dari merek yang beruntung harus ditempatkan pada “bingkai kepentingan” kelompok mereka yang kurang beruntung. *The different principle* tidak menuntut manfaat yang sama (*equal benefit*) bagi semua orang, melainkan manfaat yang sifatnya timbal balik (*reciprocal benefits*), misalnya seorang pekerja yang terampil tentunya akan lebih dihargai dibandingkan dengan pekerja yang tidak terampil. Disini keadilan sebagai *fairness* sangat menekankan *asas resiprositas*, namun bukan berarti sekedar “*simple reciprocity*”, dimana distribusi kekayaan dilakukan tanpa melihat perbedaan-perbedaan obyektif diantara anggota masyarakat. Oleh karenanya, agar terjamin suatu aturan main yang obyektif maka keadilan yang dapat diterima sebagai *fairness* adalah *pure procedural justice*, artinya keadilan sebagai *fairness* harus berproses sekaligus terefleksi melalui prosedur yang adil untuk menjamin hasil yang adil pula.³⁷

Menarik untuk digaris bawahi bahwa konsep kesamaan menurut John Rawls harus dipahami sebagai “kesetaraan kedudukan dan hak”, bukan dalam arti “kesamaan hasil” yang dapat diperoleh semua orang. Kebebasan yang ada selalu dalam kebebasan yang “tersituasi” (dalam kontek “ini” dan “disini”), sehingga disadarkan dalam berbagai kondisi,

³⁶ Agus Yudha Hernoko, *Op.Cit*, hal. 45-46

³⁷ Manuel G. Velasquez, *Etika Bisnis Konsep dan Kasus* (Alih bahasa Ana Purwaningsih), Andi, Yogyakarta, 2005, hal.109-110.

keadaan-keadaan dan kualitas masing-masing.³⁸ Tentunya pandangan ini semakin membuka mata mereka yang senantiasa menuntut hasil yang sama tanpa memandang proses (prosedur) dari awal hingga akhir. Bagi John Rawls kesamaan hasil bukanlah alasan untuk membenarkan sebuah prosedur. Keadilan sebagai *fairness* atau sebagai *pure procedural justice* tidak menuntut setiap orang yang terlibat dan menempuh prosedur yang sama juga harus mendapat hasil yang sama. Sebaliknya, hasil prosedur yang *fair* itu harus diterima sebagai adil, juga apabila setiap orang tidak mendapat hasil yang sama. Dengan demikian konsep keadilan yang lahir dari suatu prosedur yang diterima oleh semua pihak juga harus diterima sebagai konsep yang pantas berlaku untuk umum.³⁹ Oleh karena itu harus dipahami semua orang bahwa keadilan tidak selalu berarti semua orang harus selalu mendapatkan sesuatu dalam jumlah yang sama, tanpa memperhatikan perbedaan-perbedaan yang secara obyektif ada pada setiap individu.

Keadilan sosial merupakan dahannya dari ide keadilan yang menjadi batangnya. Unsur-unsur pokok yang terdapat pada keadilan berlaku pula bagi keadilan sosial, demikian pula dasar filsafatnya atau kerangka pemikirannya. Dengan demikian terdapatlah juga bermacam-macam pemaparan dan penjelasan tentang keadilan sosial.⁴⁰

Isi dan lingkup keadilan sosial yang dikemukakan oleh aliran pemikiran neoliberalisme di Inggris, yaitu *sosial justice* pada prinsipnya menuntut persamaan kesempatan (*equality of opportunity*) dan suatu taraf hidup yang minimum (*minimum standard of living*). Sedangkan ajaran neoliberal dari kaum solidaritas di Prancis menyatakan bahwa untuk menjembatani jurang antara solidaritas manusia dan ketatalaksanaan yang nyata dalam kondisi-kondisi manusia perlu oleh Negara dia-

³⁸ Budiarta, I Nyoman Putu, *Perlindungan Hukum Pekerja Outsourcing Ditinjau Dari Prinsip Keadilan, Kepastian Hukum, dan Hak Asasi Manusia*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2012, hal. 55-56.

³⁹ Andre ASta Ujan, *Op.Cit*, hal.45.

⁴⁰ The Liang Gie, *Teori-teori Keadilan*, Super Sukses, Yogyakarta, 1982, hal. 43.

dakan perundang-undangan sosial, perlindungan terhadap wanita dan anak-anak, pajak penghasilan yang progresif dan tindakan-tindakan yang sejenis.

Ernest Barker, dari kaum idialis, mengungkapkan, bahwa keadilan sosial adalah pengaturan yang tepat dari suatu masyarakat nasional yang bertujuan memupuk dan mendorong perkembangan segenap kepastian yang setinggi mungkin dari kepribadian dalam seluruh anggota masyarakat.

Charles J. Busnell, dalam *The Liang Gie* memerinci pokok-pokok dari keadilan sosial (*social justice*) sebagai berikut :

- (1)*For every child a normal birth, a healthy environment, abundant, good and a liberal, appropriate education.*
- (2)*For every mature person a secure job adapted to his abilities.*
- (3)*For every person a income adequate to maintain him efficient in the position of his highest social service.*
- (4)*For every person such influence with the authorities that his needs and ideas receive due consideration by them."*

- (1)Bagi setiap anak, suatu kelahiran yang normal, suatu lingkungan yang sehat, makanan baik yang berlimpah-limpah, dan pendidikan sepantasnya yang liberal.
- (2)Bagi setiap orang dewasa, suatu pekerjaan yang terjamin sesuai dengan kemampuannya.
- (3)Bagi setiap orang, suatu penghasilan yang memadai untuk mempertahankannya agar tetap efisien dalam kedudukan dari pengabdianya yang tertinggi kepada masyarakat.
- (4)Bagi setiap orang, pengaruh pada para penguasa sedemikian hingga kebutuhan dan idenya memperoleh pertimbangan sebagaimana mestinya dari mereka."⁴¹

Isi dan lingkup keadilan sosial sebagai salah satu sila dari Dasar Negara Republik Indonesia, menjadi kewenangan dari seluruh rakyat Indonesia melalui wakil-wakilnya untuk me-

⁴¹ *Ibid*, hal. 44-45.

netapkan dan menyempurnakannya menurut perkembangan zaman.

Mohammad Hatta dalam uraiannya mengenai sila keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia menulis:

“Keadilan sosial adalah langkah yang menentukan untuk melaksanakan Indonesia yang adil dan makmur. Pemimpin-pemimpin Indonesia yang menyusun Undang-Undang Dasar 1945 mempunyai kepercayaan, bahwa cita-cita keadilan sosial dalam bidang ekonomi dapat mencapai kemakmuran yang merata”.⁴²

Selanjutnya diperinci langkah-langkah pelaksanaan untuk mencapai Negara yang adil dan makmur itu seperti adanya ketentuan upah minimum, penyediaan rumah, pemeliharaan kesehatan, dan pengadaan celengan oleh pengusaha bagi para buruhnya, penyamarataan pendapatan masyarakat, pengembangan koperasi sesuai dengan tuntutan zaman modern, pelaksanaan ekonomi terpimpin sesuai dengan rencana pemerintah untuk mencapai kemakmuran yang sebesar mungkin bagi rakyat, pelaksanaan pengajaran, dan pemeliharaan fakir miskin/anak terlantar, dan pemberian jaminan sosial kepada penduduk.⁴³

Keadilan sosial tidak saja menjadi Dasar Negara, tetapi sekaligus menjadi tujuan yang harus dilaksanakan.⁴⁴ Dari uraian beliau tersebut pengertian keadilan sosial hampir dipersamakan dengan kemakmuran rakyat.

Panitia ad-hok Majelis Permusyawaratan Rakyat Sementara (MPRS) 1966 memberikan perumusan jika keadilan sosial sebagai “Sila Keadilan Sosial mengandung prinsip bahwa setiap orang di Indonesia akan mendapat perlakuan yang adil

⁴² Mohammad Hatta, *Lahirnya Pancasila (Bung Karno Mengemban Dasar-dasar Negara)*, Oesaha Penerbitan Goentoer, Yogyakarta, 1949, hal.37-40.

⁴³ Mohammad Hatta, *Pengertian Pancasila*, (Pidato lahirnya Pancasila, Tanggal 1 Juni 1977 di Gedung Kebangkitan Nasional-Jakarta), Idayu Press, Jakarta, 1977, hal.34-40

⁴⁴ *Ibid*, hal. 34.

dalam bidang hukum, politik, sosial, ekonomi, dan kebudayaan.” Dalam perumusan ini keadilan sosial diartikan “mendapat perlakuan yang adil”.

Dalam Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia (Nomor II/MPR/1978 tentang Pedoman Penghayatan dan Pengamalan Pancasila (Eka Prasetya Pancasila) ditentukan: “Dengan Sila Keadilan Sosial bagi seluruh rakyat Indonesia, manusia Indonesia menyadari hak dan kewajiban yang sama untuk menciptakan keadilan sosial dalam kehidupan masyarakat.”

Selanjutnya untuk mewujudkan keadilan sosial itu diperinci perbuatan dan sikap yang perlu dipupuk, yakni: 1) perbuatan luhur yang mencerminkan sikap dan suasana kekeluargaan dan kegotong royong; 2) sikap adil terhadap sesama, menjaga keseimbangan antara hak dan kewajiban serta menghormati hak-hak orang lain; 3) sikap suka memberi pertolongan kepada orang yang memerlukan; 4) sikap suka bekerja keras; 5) sikap menghargai hasil karya orang lain yang bermanfaat untuk mencapai kemajuan dan kesejahteraan bersama.

Pengertian keadilan sosial dikaitkan dengan pemahaman kesatuan sila-sila Pancasila, maka Notonagoro memberikan pengertian sila kelima : Keadilan sosial bagi seluruh Rakyat Indonesia adalah keadilan yang berketuhanan yang maha esa, kemanusiaan yang adil dan beradab, yang berkerakyatan yang dipimpin oleh hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan/perwakilan.⁴⁵

Mochtar Kusumaatmadja, dalam menguraikan asas-asas atau prinsip-prinsip yang terkandung dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan Pembukaannya yang seharusnya dijadikan pedoman dalam melakukan pembaharuan hukum nasional, menyebutkan: “Asas Keadilan Sosial mengamanatkan bahwa

⁴⁵ Notonagoro, *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Pantjuran Tujuh, Jakarta, 1975, hal.43-44.

semua warga Negara mempunyai hak yang sama dan bahwa semua orang sama di hadapan hukum."⁴⁶

Sejalan dengan alur pikir tersebut, dapat dikatakan bahwa kebebasan dalam keadilan sosial dikaitkan dengan kedudukan hukum anak luar kawin, maka sudah sepatutnya tidak ada perbedaan kedudukan antara anak luar kawin dengan anak sah, karena berdasarkan pemahaman nilai-nilai asas keadilan sosial baik anak-anak luar kawin maupun anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah mempunyai kedudukan sama, dan memperoleh perlakuan yang adil, baik didalam hukum, politik, ekonomi, sosial dan kebudayaan.

a.2. Kepastian Hukum.

Menganalisis secara kritis mengenai permasalahan pertama didalam penelitian ini, akan diketangahkan pula teori kepastian hukum sebagai landasan pijakan analisis, disamping teori keadilan hukum dan keadilan sosial yang telah diuraikan di atas.

Aristoteles dalam bukunya *Rhetorica* menjelaskan, bahwa tujuan hukum adalah menghendaki keadilan semata-mata; dan isi (materi muatan) hukum ditentukan oleh kesadaran etis mengenai apa yang dikatakan adil dan apa yang dikatakan tidak adil. Menurut teori ini, hukum mempunyai tugas suci dan luhur, yakni keadilan dengan memberikan kepada tiap-tiap orang, apa yang berhak diterima, serta memerlukan peraturan tersendiri bagi tiap-tiap kasus. Untuk terlaksananya hal tersebut, maka menurut teori ini, hukum harus membuat *algemene regels* (peraturan/ketentuan umum), dimana peraturan/ketentuan umum ini diperlukan masyarakat demi kepastian hukum.

Kepastian hukum sangat diperlukan untuk menjamin ketentraman dan ketertiban dalam masyarakat, karena kepastian hukum mempunyai sifat sebagai berikut: a) adanya paksaan dari luar (sanksi) dari penguasa yang bertugas mem-

⁴⁶ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2006, hal.188.

pertahankan dan membina tata tertib masyarakat dengan perantara alat-alatnya; b) sifat undang-undang yang berlaku bagi siapa saja.

Kepastian hukum itu ditujukan pada sikap lahir manusia, ia tidak mempersoalkan apakah sikap bathin seseorang itu baik atau buruk, yang diperhatikan adalah bagaimana perbuatan lahiriahnya. Kepastian hukum tidak memberi sanksi kepada seseorang yang mempunyai sikap bathin yang buruk, akan tetapi yang diberi sanksi adalah perwujudan dan sikap batin yang buruk tersebut, atau menjadikannya perbuatan yang nyata atau konkrit.

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan perundang-undangan dibuat dan diundangkan secara pasti, karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multitafsir), dan logis dalam artian menjadi suatu system norma dengan norma lain, sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian peraturan perundang-undangan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma, atau distorsi norma.

Menurut Gustav Radbruch, terdapat dua macam kepastian hukum, yaitu : Kepastian hukum oleh karena hukum, dan kepastian hukum dalam atau dari hukum."Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian hukum dalam masyarakat adalah hukum yang berguna. Kepastian hukum oleh karena hukum memberi dua tugas hukum yang lain, yaitu menjamin keadilan hukum serta hukum harus tetap berguna. Sedangkan kepastian hukum dalam hukum tercapai apabila hukum tersebut sebanyak-banyaknya undang-undang. Dalam undang-undang tersebut tidak terdapat ketentuan-ketentuan yang bertentangan (undang-undang berdasarkan suatu system yang logis dan praktis). Undang-undang dibuat berdasarkan *rechtswerkelijkheid* (keadaan hukum yang sungguh-

sungguh) dan dalam undang-undang tersebut tidak terdapat istilah-istilah yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.⁴⁷

Peter Machmud Marzuki menyatakan:

Bahwa kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya berupa pasal-pasal dalam undang-undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan yang satu dengan putusan hakim yang lainnya untuk kasus yang telah diputuskan.⁴⁸

Kepastian Hukum Menurut Soedikno Mertokusumo, merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum. Dalam hal ini Soedikno Mertokusumo mengartikan kepastian hukum merupakan: "Perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu".⁴⁹

Kepastian hukum tidak selalu mempersoalkan hubungan hukum antara warganegara dengan Negara, atau semata-mata berkaitan dengan Negara, karena esensi dari kepastian hukum adalah masalah perlindungan dari tindakan kesewenang-wenangan. Aktor-aktor yang dapat melakukan kesewe-

⁴⁷ Soetanto Soepiadhy, *Kepastian Hukum*, Surabaya Pagi, Rabu Pon , 4 April 2012.

⁴⁸ Peter Machmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hal.158.

⁴⁹ Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1999, hal.145

nang-wenangan, tidak terbatas pada Negara saja tetapi juga oleh sekelompok pihak lain selain Negara.⁵⁰

Kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga Negara dari kekuasaan yang sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggungjawab pada Negara untuk menjalankannya. Dalam hal ini Nampak terlihat relasi antara persoalan kepastian hukum dengan Negara.⁵¹

Bachsan Mustafa, mengungkapkan bahwa kepastian hukum itu mempunyai tiga arti, yaitu: "Pertama, pasti mengenai peraturan hukumnya yang mengatur masalah pemerintah tertentu yang abstrak. Kedua, pasti mengenai kedudukan hukum dari subjek dan objek hukumnya dalam pelaksanaan peraturan hukum administrasi negara. Ketiga mencegah kemungkinan timbulnya perbuatan sewenang-wenang (*eigen-rechting*) dari pihak manapun, juga tidak dari pemerintah."⁵²

Dalam rangka menciptakan dan menjaga kepastian hukum, peran pemerintah dan pengadilan sangat penting. Pemerintah tidak boleh menerbitkan aturan pelaksanaan yang tidak diatur oleh undang-undang atau bertentangan dengan undang-undang. Apabila hal itu terjadi, pengadilan harus menyatakan bahwa peraturan demikian batal demi hukum, artinya dianggap tidak pernah ada sehingga akibat yang terjadi karena adanya peraturan itu harus dipulihkan seperti sedia kala. Akan tetapi, apabila pemerintah tetap tidak mau mencabut aturan yang telah dinyatakan batal itu, hal ini akan berubah menjadi masalah politik antara pemerintah dan pembentuk undang-undang. Yang lebih parah lagi apabila lembaga perwakilan rakyat sebagai pembentuk undang-undang tidak mempersoalkan keengganan pemerintah mencabut aturan yang dinyatakan batal oleh pengadilan ter-

⁵⁰ E Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2007, hal.94

⁵¹ *Ibid*,hal.94-95

⁵² Bachsan Mustafa, *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001, hal.53

sebut, sudah barang tentu hal semacam itu tidak memberikan kepastian hukum dan akibatnya hukum tidak mempunyai daya prediktibilitas.⁵³

Berkenaan dengan kepastian hukum dijadikan pisau analisis dalam usaha menemukan hakekat kedudukan hukum anak luar kawin dalam Undang-undang Nomor 1 tahun 1974, maka akan dikaji lebih mendalam tentang : 1) sifat sakral perkawinan bagi bangsa Indonesia; 2) syarat keabsahan perkawinan ; 3) kedudukan kawin siri; 4) status anak yang dilahirkan dari perkawinan siri; 5) eksistensi pasal 43 UU Perkawinan 1974; dan 6) nuansa agamawi dalam UU Perkawinan menyangkut kedudukan anak luar kawin.

a.3. Kemanfaatan Hukum.

Menurut Achmad Ali, bahwa aliran etis dapat dianggap sebagai ajaran moral ideal atau ajaran moral teoritis; sebaliknya ada aliran yang dapat dimasukkan dalam ajaran moral praktis, yaitu aliran utilitas.⁵⁴ Pakar-pakar penganut aliran utilitas ini terutama adalah Jeremy Bentham yang dikenal sebagai *the father of legal utilitarianism*.

Penganut aliran utilitas ini menganggap, bahwa tujuan hukum semata-mata untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak-banyaknya warga masyarakat. Penanganannya didasarkan pada filsafat sosial, bahwa setiap warga masyarakat mencari kebahagiaan, dan hukum merupakan salah satu alatnya.

Jeremy Bentham adalah seorang filsuf, ekonom, yuris dan reformer hukum, yang memiliki kemampuan untuk memformulasikan prinsip kegunaan/kemanfaatan (utilitas) menjadi doktrin etika, yang dikenal sebagai utilitarianism atau mashab utilitas. Prinsip utility tersebut dikemukakan oleh Jeremy

⁵³ Peter Machmud Marzuki, *Op.Cit*, hal.159-160

⁵⁴ Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theori) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta ,2012, hal.74

Bentham dalam karya monumentalnya *Introduction to the Principles of morals and Legislation*). Bagi Jeremy Bentham, hukum barulah dapat diakui sebagai hukum, jika ia memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya terhadap sebanyak-banyaknya orang.⁵⁵

Menurut Jeremy Bentham, alam telah menempatkan manusia dibawah pengaturan dua “penguasa” yang berdaulat (*two sovereign master*), yaitu penderitaan (*pain*) dan kegembiraan (*pleasure*). Keduanya menunjukkan apa yang harus dilakukan, dan menentukan apa yang akan dilakukan. Fakta bahwa kita menginginkan kesenangan, dan berharap untuk menghindari penderitaan, digunakan oleh Jeremy Bentham untuk membuat keputusan, bahwa kita harus mengejar kesenangan.

Aliran utilitas yang menganggap bahwa pada prinsipnya tujuan hukum itu hanyalah untuk menciptakan kemanfaatan atau kebahagiaan masyarakat. Aliran utilitas memasukkan ajaran moral praktis yang menurut penganutnya bertujuan untuk memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan yang sebesar-besarnya bagi sebanyak mungkin warga masyarakat. Jeremy Bentham berpendapat bahwa, Negara dan hukum semata-mata ada hanya untuk manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat. Itulah sebabnya Jeremy Bentham terkenal dengan mottonya bahwa tujuan hukum adalah untuk mewujudkan *the greatest happiness of the greatest number* (kebahagiaan yang terbesar, untuk terbanyak orang).

Konsep Jeremy Bentham mendapat kritikan yang cukup keras. Dengan adanya kritik-kritik terhadap prinsip kemanfaatan hukum tersebut, maka John Rawls, mengembangkan sebuah teori baru yang menghindari banyak masalah yang tidak terjawab oleh utilitarianism. Teori kritikan terhadap utilitas ini dinamakan teori Rawls atau *justice as fairness* (keadilan sebagai kejujuran).

Kritik Rawls tegasnya, bahwa untuk memperbesar kebahagiaan, terlebih dahulu tentunya, harus memiliki

⁵⁵ Jeremy Bentham dalam Achmad Ali, *Ibid*, hal.76

ukuran kebahagiaan. Sesuatu yang menyenangkan seseorang belum tentu juga menyenangkan orang lain. Seseorang yang senang membaca, kemungkinan besar tidak senang berjudi. Sebaliknya, seseorang yang senang berjudi, juga kemungkinan besar tidak senang membaca. Bahkan bagi kita sendiri, sangat sulit untuk mengukur kebahagiaan. Hal-hal yang berbeda memberikan kesenangan yang berbeda pula, yang sulit untuk diperbandingkan. Bagaimana caranya untuk membandingkan kebahagiaan yang diperoleh dari makan dan kebahagiaan yang diperoleh dari membaca, bahkan hal yang serupa seperti makan dapat memberikan kesenangan yang berbeda. Makan jauh lebih menyenangkan ketika sedang kelaparan, daripada ketika sedang kenyang. Jadi dapat dilihat, bahwa kebahagiaan tidak mungkin untuk didefinisikan dan diukur secara konkret.

Teori lain yang mencoba untuk mencari jalan tengah diantara kedua teori diatas, yakni Teori Pengayoman. Dalam teori ini dinyatakan tujuan hukum adalah untuk mengayomi manusia, baik secara aktif maupun pasif. Secara aktif yakni upaya menciptakan suatu kondisi kemasyarakatan yang manusiawi dalam proses yang berlangsung secara wajar; sedangkan secara pasif adalah untuk mengupayakan pencegahan atas tindakan yang sewenang-wenang dan penyalahgunaan hak. Memang teori tersebut tampak berusaha menggabungkan kelemahan-kelemahan terhadap keadilan hukum dan kepastian hukum. Teori pengayoman dalam pandangan secara aktif menunjukkan pada teori kemanfaatan hukum; sementara dalam pandangan secara pasif menunjukkan pada suatu teori keadilan hukum.⁵⁶

Mengacu pada beberapa teori kemanfaatan yang dikemukakan diatas, dan jika dikaitkan dengan pokok masalah yang akan di telaah/dianalisis yakni tentang retio legis dan implikasi putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 terhadap kedudukan anak luar kawin, maka akan dianalisis lebih mendalam tentang kemanfaatan bagi masya-

⁵⁶ Soetanto Soepiadhy, *Kemanfaatan Hukum*, Surabaya Pagi, Kamis Legi, 12 April 2012.

rakat Indonesia terutama para kaum perempuan beserta anak-anak yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya.

Dalam hal memperoleh hak-hak keperdataannya, khususnya anak luar kawin didalam kedudukannya sebagai ahli waris dari ayah biologisnya, maka melalui Teori Kemanfaatan ini, akan dianalisis dan dikaji lebih mendalam tentang hubungan keperdataan yang dimaksud didalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, apakah hubungan keperdataan yang dimaksud dalam arti sama seperti anak sah ataukah ada hal yang bersifat khusus.

b. Teori Hak Asasi Manusia.

Bahwa Pengkajian mengenai kedudukan hukum anak luar kawin dalam perspektif putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, nampaknya perlu pula dilengkapi melalui kajian dari segi Hak Asasi Manusia. Karena seperti halnya keadilan dan kepastian hukum, sebagaimana yang telah diuraikan di atas, negara harus juga memperlakukan anak luar kawin dengan memperhatikan hak-hak asasi manusia. Mengapa demikian, karena bagaimanapun juga antara anak luar kawin dengan anak sah adalah sama-sama makhluk ciptaan Tuhan. Di dalam jiwa anak sah maupun di dalam jiwa anak luar kawin sama-sama bersemayam sang atman yang sesungguhnya adalah merupakan Tuhan yang bersemayam didalam diri setiap makhluk ciptaan Tuhan, untuk itu sudah sepatutnya anak luar kawin berhak untuk hidup layak seperti halnya dengan anak sah, sebab hak hidup itu diberikan oleh Tuhan sejak anak luar kawin tersebut dilahirkan.

Pengaturan tentang HAM di Indonesia telah mendapatkan tempat dalam konstitusi, yakni pada Bab X.A, UUD-NRI 1945 mulai dari Pasal 28A sampai dengan Pasal 28J.

Jimly Asshiddiqie di dalam sebuah bukunya mengatakan bahwa materi HAM yang diadopsi ke dalam rumusan UUD-NRI 1945 mencakup 27 materi, yaitu meliputi :

1. Setiap orang berhak untuk hidup serta berhak mempertahankan hidup dan kehidupannya.
2. Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
3. Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.
4. Setiap orang berhak bebas dari perlakuan yang bersifat diskriminatif atas dasar apa pun dan berhak mendapatkan perlindungan terhadap perlakuan yang bersifat diskriminatif.
5. Setiap orang bebas memeluk agama dan beribadat menurut agamanya, memilih pendidikan dan pengajaran, memilih pekerjaan, memilih kewarganegaraan, memilih tempat tinggal di wilayah Negara dan meninggalkannya, serta berhak kembali.
6. Setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap, sesuai dengan hati nuraninya.
7. Setiap orang berhak atas kebebasan berserikat, berkumpul, dan mengeluarkan pendapat.
8. Setiap orang berhak untuk berkomunikasi dan memperoleh informasi untuk mengembangkan pribadi dan lingkungan sosialnya serta berhak untuk mencari, memperoleh, memiliki, menyimpan, mengolah, dan menyampaikan informasi dengan menggunakan segala jenis saluran yang tersedia.
9. Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat dan harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi.
10. Setiap orang berhak untuk bebas dari penyiksaan atau perlakuan yang merendahkan derajat martabat manusia dan berhak memperoleh suaka politik dari Negara lain.

11. Setiap orang berhak untuk sejahtera lahir dan batin, bertempat tinggal, dan mendapat lingkungan hidup yang baik dan sehat serta berhak memperoleh pelayanan kesehatan.
12. Setiap orang berhak mendapat kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yang sama guna mencapai persamaan dan keadilan.
13. Setiap orang berhak atas jaminan sosial yang memungkinkan pengembangan dirinya secara utuh sebagai manusia yang bermartabat.
14. Setiap orang berhak mempunyai hak milik pribadi dan hak milik tersebut tidak boleh diambil alih secara sewenang-wenang oleh siapapun.
15. Setiap orang berhak mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.
16. Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa dan negaranya.
17. Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum.
18. Setiap orang berhak untuk bekerja serta mendapat imbalan dan perlakuan yang adil dan layak dalam hubungan kerja.
19. Setiap orang berhak atas status kewarganegaraan.
20. Negara dalam keadaan apapun, tidak dapat mengurangi hak setiap orang untuk hidup, hak untuk tidak disiksa, hak kemerdekaan pikiran dan hati nurani, hak beragama, hak untuk tidak diperbudak, hak untuk diakui sebagai pribadi di hadapan hukum, dan hak untuk tidak dituntut atas dasar hukum yang berlaku surut.
21. Negara menjamin penghormatan atas identitas budaya dan hak masyarakat tradisional selaras dengan perkembangan zaman dan tingkat peradaban bangsa.

22. Negara menjunjung tinggi nilai-nilai etika dan moral kemanusiaan yang diajarkan oleh setiap agama, dan menjamin kemerdekaan tiap-tiap penduduk untuk memeluk dan menjalankan ajaran agamanya.
23. Perlindungan, pemajuan, penegakan dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggungjawab Negara, terutama pemerintah.
24. Untuk memajukan, menegakkan dan melindungi HAM sesuai dengan prinsip Negara hukum yang demokratis, maka pelaksanaan HAM dijamin, diatur dan dituangkan dalam peraturan perundang-undangan.
25. Untuk menjamin pelaksanaan tersebut, maka dibentuk KOMNAS HAM yang bersifat independen menurut ketentuan yang diatur dengan undang-undang.
26. Setiap orang wajib menghormati HAM orang lain dalam tertib kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.
27. Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.⁵⁷

Berkaitan dengan hal ini, perlu ditegaskan apa yang dinyatakan oleh Abdullah Rozali, bahwa:

Berhubung hak asasi manusia merupakan hak-hak dasar yang dibawa manusia semenjak lahir sebagai anugrah Tuhan Yang Maha Esa, maka perlu dipahami bahwa hak asasi manusia tersebut tidak bersumber dari negara dan hukum, tetapi semata-mata bersumber dari Tuhan sebagai pencipta alam semesta beserta isinya, sehingga hak asasi manusia itu tidak

⁵⁷ Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara Dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hal.253

bisa dikurangi (*non derogable right*), oleh karena itu yang diperlukan oleh negara dan hukum adalah suatu pengakuan dan jaminan perlindungan terhadap hak asasi manusia tersebut.⁵⁸

Tinjauan dari satu sisi bahwa hak asasi manusia yang bercirikan (prinsip utamanya) adalah kebebasan dasar untuk hidup dalam suatu negara harus dihormati bahkan Negara menjamin hak-hak asasi tersebut, sedangkan disisi lain bahwa Negara mempunyai wewenang untuk mengatur dan menerapkan perundang-undangan yang berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap anak luar kawin, maka jaminan hak asasi manusia tersebut terakomodasi melalui adanya pengakuan yang sama terhadap kedudukan anak luar kawin dengan anak sah didalam suatu peraturan perundangan-undangan yang benar-benar memberikan perlakuan yang sama tanpa adanya perlakuan yang diskriminatif, serta perlakuan yang tidak layak bagi kemanusiaan khususnya didalam menentukan hakekat kedudukan hukum bagi anak luar kawin.

Teori universalisme merupakan teori klasik mengenai hak asasi manusia yang bertumpu pada pemikiran teori hukum alam. Berdasarkan teori hukum alam, pemikiran yang berkaitan dengan hak asasi manusia meliputi:

- a) Hak asasi manusia dimiliki secara alami oleh setiap orang berdasarkan pemikiran bahwa seseorang dilahirkan sebagai manusia yang memiliki kebebasan;
- b) Hak asasi manusia bisa dilakukan secara universal kepada setiap orang tanpa memandang lokasi geografisnya;
- c) Hak asasi manusia tidak membutuhkan tindakan atau program dari pihak lain, apakah mereka individu, kelompok atau pemerintah.⁵⁹

⁵⁸ Abdullah Rozali, *Perkembangan HAM dan Keberadaan Peradilan HAM di Indonesia*, Galia Indonesia, Jakarta, 2002, hal.10.

⁵⁹ Harifni A.Tumpa, *Peluang dan Tantangan Eksistensi Pengadilan HAM di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hal.45-46.

Todung Mulya Lubis dalam Majda El Muhtaj menyebutkan ada empat teori HAM, yaitu:

Pertama, hak-hak alamiah (*natural rights*), berpandangan bahwa HAM adalah hak yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat berdasarkan takdirnya sebagai manusia (*human right are rights that belong to all human being at all times and in all places by virtue of being born as human beings*);

Kedua, teori positivis (*positivist theory*), yang berpandangan bahwa karena hak harus tertuang dalam hukum yang riil, maka dipandang sebagai hak melalui adanya jaminan konstitusi (*right, then should be created and granted by constitution, laws and contract*). Pandangan secara nyata berasal dari ungkapan Bentham yang mengatakan, *rights is a child of law, laws of nature, come imaginary rights. Natural rights is simple nonsense, natura; and imprecible rights rethorical nonsense, nonsensupon still*.

Ketiga, teori relativis cultural (*cultural relativist theory* . teori ini adalah salah satu bentuk antitesis dari teori hak-hak alami (*natural rights*). Teori ini berpandangan bahwa menganggap hak itu bersifat universal merupakan pelanggaran satu dimensi cultural terhadap dimensi cultural yang lain atau disebut dengan imperialism cultural (*cultural imperialism*). Yang ditekankan pada teori ini adalah bahwa manusia merupakan interaksi sosial dan cultural serta perbedaan berisikan perbedaan cara pandang kemanusiaan (*different ways of being human*). Oleh karena itu penganut teori ini menyatakan, *that rights belonging so all human being at all times in all places would be the rights of dosocialized and deculturized beings*.

Keempat, doktrin Marxis (*Marxis doctrine and human rights*). Doktrin Marxis menolak teori hak-hak alami karena Negara atau kolektivitas adalah sumber galian seluruh hak (*responsitory of all rights*). Hak-hak mendapat pengakuan sebagai hak individual, apabila telah mendapat pengakuan dari Negara dan kolektivitas. Dengan kata lain, *all rights derive from*

*the state, and are not naturally processed by human being by virtue of having been born.*⁶⁰

Hak-hak asasi manusia diakui sebagai bagian humanisasi hidup yang telah mulai tergantung sejak manusia menjadi sadar tentang tempat dan tugasnya di dunia ini. Oleh karena itu, hak asasi dianggap sebagai fundamental yang di atasnya, seluruh organisasi hidup bersama harus dibangun. Hak-hak asasi dibagi dalam dua jenis yaitu :

- 1) Hak asasi individual, yaitu hak untuk hidup dan perkembangan hidup seperti hak kebebasan batin, hak atas nama baik, hak atas kebebasan agama dan sebagainya. Hak-hak dasar ini disusun terutama demi perlindungan pribadi manusia terhadap kekuasaan Negara.
- 2) Hak asasi sebagai makhluk sosial yang dibagi dalam hak-hak ekonomis sosial dan cultural.⁶¹

Universal Declaration of Human Right (1998) tidak menciptakan hak-hak asasi, tetapi hanya memaklulkannya, meliputi:

- a) Manusia mempunyai hak-hak kebebasan politik, dimana tiap pribadi harus dilindungi terhadap penyelewengan dari pihak pemerintah.
- b) Manusia mempunyai hak-hak kebebasan sosial, yaitu hak untuk memenuhi kebutuhan pokok seperti sandang, pangan, perawatan, kesehatan dan pendidikan.⁶²

Dari prinsip-prinsip, jenis-jenis atau teori hak asasi manusia seperti terurai di atas, kalau dikaitkan dengan atau digunakan untuk menganalisis tentang kedudukan hukum anak luar kawin dalam perspektif Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, maka nampak dengan

⁶⁰ Majda El Muhtaj, *Dimensi-dimensi HAM Mengurai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Raja Grapindo Persada, Jakarta, 2008, hal. 7-8.

⁶¹ Abdul Ghofur Anshori, *Filsafat Hukum*, Gajah Mada University Press, 2006, hal. 122.

⁶² *Ibid.*

jelas bahwa pengakuan kedudukan hukum anak luar kawin yang mempunyai hak untuk mengembangkan diri melalui pemenuhan kebutuhan dasarnya, berhak mendapat pendidikan dan memperoleh manfaat dari ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya, demi meningkatkan kualitas hidupnya dan demi kesejahteraan umat manusia.

Ditinjau dari prinsip hak asasi manusia, perlindungan hukum terhadap kedudukan anak luar kawin ini yang relevan digunakan sebagai dasar analisis adalah teori hak-hak alami (*natural rights theory*) dan teori positivist (*positivist theory*). Berdasarkan teori hak-hak alami, bahwa adanya pengakuan terhadap kedudukan hukum anak luar kawin dengan tidak memperlakukan diskriminasi dengan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah baik didalam pergaulan masyarakat maupun Negara adalah merupakan hak yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat berdasar takdirnya sebagai manusia makhluk ciptaan Tuhan untuk memenuhi kebutuhan hidupnya. Namun demikian pengakuan atas kedudukan hukum didalam upaya mendapatkan hak-haknya sebagai anak hasil dari suatu hubungan antara seorang wanita dengan seorang laki-laki dikaitkan dengan teori positivis, harus tertuang dalam hukum yang riil, yaitu sebagai hak yang dijamin dalam konstitusi Negara. Dengan demikian hak untuk hidup seperti halnya anak luar kawin dapat dimiliki oleh setiap manusia dan hak itu harus dituangkan dengan mengaturnya di dalam konstitusi atau ketentuan hukum yang konkrit. Sehingga dengan prinsip hak-hak asasi manusia itu akan memberikan jaminan keadilan dan kepastian hukum bagi anak luar kawin.

c. Teori Perlindungan Anak.

Bahwa dalam menganalisis pokok permasalahan kedua yaitu mengenai *ratio legis* dan implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 dalam rangka menemukan hakekat kedudukan hukum anak luar kawin, disamping menganalisis melalui teori seperti telah diuraikan pada masalah pertama, kiranya perlu pula dilengkapi melalui kajian dari segi Teori Perlindungan anak, karena seperti halnya keadilan,

kepastian hukum, dan Hak Asasi Manusia yang telah diuraikan di atas, negara berkewajiban juga memberikan perlindungan hukum terhadap kedudukan hukum anak luar kawin dalam hubungannya dengan ayah biologisnya termasuk mengenai hak-haknya sebagai seorang anak yakni dengan menuangkannya ke dalam aturan hukum mengenai perlindungan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin, seperti hak untuk dipelihara oleh orang tuanya, hak untuk mendapatkan pengakuan nama keluarga termasuk mengenai hak untuk mewaris bagi anak luar kawin tersebut setelah dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012.

Bahwa oleh karena anak luar kawin dalam pergaulan di masyarakat berada dalam posisi yang lemah, maka seperti apa yang telah dikemukakan oleh Harkristuti Harkrisnowo didalam suatu seminar bahwa masalah perlindungan hukum bagi anak adalah merupakan salah satu cara melindungi tunas bangsa di masa depan. Perlindungan hukum terhadap anak menyangkut semua aturan hukum yang berlaku. Perlindungan ini perlu karena anak merupakan bagian masyarakat yang mempunyai keterbatasan secara fisik dan mentalnya. Oleh karena itu, anak memerlukan perlindungan dan perawatan khusus.⁶³

Aspek hukum perlindungan anak secara luas mencakup Hukum Pidana, Hukum Acara, Hukum Tata Negara, dan Hukum Perdata. Di Indonesia pembicaraan mengenai perlindungan hukum mulai tahun 1977 dalam seminar perlindungan anak/remaja yang diadakan Prayuana. Seminar tersebut menghasilkan dua hal penting yang harus diperhatikan dalam perlindungan anak, yaitu :

1. Segala daya upaya yang dilakukan secara sadar oleh setiap orang ataupun lembaga pemerintah dan swasta yang bertujuan mengusahakan pengamanan, penguasaan, dan pemenuhan kesejahteraan fisik, mental dan sosial anak dan remaja yang sesuai dengan kepentingan dan asasinya.

⁶³ Harkrisktuti Harkrisnowo, *Menelaah Konsep Sistem Peradilan Pidana terpadu (dalam konteks Indonesia)*, Seminar Keterpaduan Sistem Peradilan Pidana, Danau Toba Medan, tanggal 4-5 April 2002, hal. 3

2. Segala daya upaya bersama yang dilakukan dengan sadar oleh perseorangan, keluarga, masyarakat, badan-badan pemerintah dan swasta untuk pengamanan, pengadaan dan pemenuhan kesejahteraan rohani dan jasmani anak yang berusia 0-21 tahun, tidak dan belum pernah menikah, sesuai dengan hak asasi dan kepentingan agar dapat mengembangkan hidupnya seoptimal mungkin.⁶⁴

Secara etimologis, perlindungan diartikan sebagai tempat berlindung, perbuatan memperlindungi.⁶⁵ Di dalam Undang-Undang Nomor 23 tahun 2002 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-Undang Nomor 35 tahun 2014 Tentang Perlindungan anak pada Pasal 1 butir angka 2 ditentukan bahwa : “Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapatkan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”.

J.E. Doek dan H.M.A. Drewes mengartikan hukum perlindungan anak sebagai berikut :

- (1) Dalam arti luas merupakan segala aturan hukum yang memberikan perlindungan kepada mereka yang belum dewasa dan memberi kemungkinan bagi mereka untuk berkembang, dan
- (2) Dalam arti sempit sebagai perlindungan hukum yang terdapat dalam ketentuan hukum perdata, ketentuan hukum pidana, dan ketentuan hukum acara.⁶⁶

Berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap anak luar kawin ini, kalau dilihat didalam Pembukaan UUD-NRI 1945 pada alenia ke empat disebutkan bahwa Negara Republik Indonesia berkewajiban melindungi segenap bangsa Indonesia. Frase “segenap bangsa Indonesia” berarti mencakup seluruh anak ter-

⁶⁴ Sepud I Made, *Op.Cit*, hal.40

⁶⁵ Anton M. Muliono,dkk., *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2008, hal.595.

⁶⁶ Sumitro dan Irma Setyowati, *Aspek Hukum Perlindungan Anak*, Bumi Aksara, Jakart, 1990, hal.15-16.

masuk pula di dalamnya anak luar kawin. Perlindungan hukum bagi anak luar kawin ini melalui peraturan perundang-undangan dan tindakan-tindakan yang bertujuan melindungi pihak yang lemah akan menempatkan anak luar kawin ini pada kedudukan yang layak sebagai manusia.

Berkaitan dengan perlindungan hukum bagi anak luar kawin terutama didalam memperoleh hak-hak keperdataannya setelah putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, nampaknya sangat relevan untuk menganalisis dengan mengacu pada Teori Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia sebagaimana yang dikemukakan oleh Philipus M. Hadjon, dimana menurut beliau ada dua macam perlindungan hukum bagi rakyat, yaitu perlindungan hukum yang preventif dan perlindungan hukum yang represif.⁶⁷

Pendapat Philipus M. Hadjon tersebut memudahkan analisis mengenai perlindungan hukum. Didalam perlindungan hukum, dengan mengikuti konsep beliau, minimal ada dua pihak dimana perlindungan hukum difokuskan pada salah satu pihak, dengan tindakan-tindakannya berhadapan dengan rakyat yang dikenai tindakan-tindakan pemerintah tersebut. Segala sarana, diantaranya peraturan perundang-undangan, yang memfasilitasi pengajuan keberatan-keberatan oleh rakyat sebelum keputusan pemerintah mendapat bentuk definitif, merupakan perlindungan yang preventif. Penanganan perlindungan hukum bagi rakyat oleh pengadilan merupakan perlindungan hukum yang represif. Berdasarkan pendapat Philipus M. Hadjon ini, pengertian perlindungan hukum dalam penelitian ini mencakup perlindungan hukum preventif maupun perlindungan hukum yang represif.⁶⁸

Konsep perlindungan hukum yang diketengahkan oleh Philipus M.Hadjon sangat relevan digunakan untuk mengkaji prinsip perlindungan hukum anak luar kawin khususnya perlindungan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin

⁶⁷ Philipus M.Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, Percetakan M2 Print, Edisi Khusus, Surabaya,2007, hal.2

⁶⁸ Phlipus M. Hadjon, *Loc.Cit.*

setelah dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012. Kedudukan hukum Anak luar kawin di dalam memperoleh hak-hak keperdataannya sangat lemah, terutama dalam hal laki-laki yang dipersangkakan sebagai ayah biologisnya tidak mau mengakui bahwa anak luar kawin tersebut memang benar mempunyai hubungan darah yang dapat dibuktikan melalui mekanisme hukum berdasarkan Ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum.

Dalam kedudukannya yang lemah ini, anak luar kawin wajib mendapatkan perlindungan dari pemerintah baik perlindungan yang bersifat preventif maupun perlindungan yang bersifat represif. Perlindungan hukum preventif dimaksudkan bahwa hak-hak keperdataan anak luar kawin dijamin kepastian dan perlindungan hukumnya terhadap hak-hak normatifnya seperti hak-hak keperdataan termasuk hak untuk mewaris dari ayah biologisnya sesuai dengan peraturan perundang-undangan. Sedangkan perlindungan hukum yang represif, akan dikaji/ditelaah tentang kasus putusan pengadilan yang berkenaan dengan kepastian hukum mengenai hakekat kedudukan hukum anak luar kawin beserta hak-hak keperdataannya setelah dikeluarkannya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012.

Pentingnya perlindungan hukum terhadap anak ini, dapat dilihat pada Konvensi Hak-hak Anak atau *Convention the Rights of the Child* yang telah disahkan oleh Majelis Umum PBB pada Tanggal 20 Nopember 1989 dan mulai berlaku pada tanggal 2 September 1990. Di dalam konvensi tersebut sebagaimana dikutip dari Abdul Rachmad Budiono terdapat tiga belas alinea yang isinya terurai sebagai berikut :

Isi alinea I. Menurut piagam PBB (*Universal Declaration of human Rights*, Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia), kemerdekaan, keadilan, dan perdamaian harus berlandaskan pada sesuatu. Landasannya adalah pengakuan atas martabat yang melekat dan hak-hak yang sama dan tidak dapat dicabut yang dimiliki oleh seluruh anggota keluarga manusia. Hal ini berlaku secara universal.

Isi alinea II. Menurut Piagam PBB, masyarakat bangsa-bangsa dalam PBB memperkokoh lagi keyakinan mereka pada hak-hak asasi manusia dan pada harkat dan martabat manusia. Atas keyakinan itu mereka bertekad meningkatkan kemajuan sosial dan taraf kehidupan yang lebih baik dalam kemerdekaan yang lebih luas.

Isi alinea III. Dalam Piagam PBB dan Konvensi Hak-hak anak PBB telah memproklamasikan dan menyetujui bahwa setiap orang berhak atas semua hak dan kebebasan yang dinyatakan didalamnya, tanpa perbedaan apapun, misalnya ras, warna kulit, jenis kelamin, bahasa, agama pandangan politik atau pendapat lain, asal kebangsaan dan sosial, harta kekayaan, kelahiran atau kedudukan.

Isi alinea IV. PBB memproklamasikan bahwa anak-anak berhak atas perawatan dan bantuan khusus.

Isi alinea V. Keluarga merupakan kelompok inti masyarakat dan lingkungan alami untuk pertumbuhan dan kesejahteraan bagi seluruh anggotanya, khususnya anak-anak. Oleh karena itu perlu suatu perlindungan untuk keluarga itu agar mampu mengemban tanggung jawab dalam masyarakat.

Isi alinea VI. Anak harus tumbuh dalam lingkungan keluarga, dalam suasana bahagia, cinta kasih dan pengertian. Hal ini dilakukan agar demi pengembangan dan keharmonisan kepribadiannya.

Isi alinea VII. Anak harus dipersiapkan untuk menjalani kehidupan sebagai pribadi dalam masyarakat, dan dibesarkan dalam semangat cita-cita yang telah diproklamasikan dalam Piagam PBB, khususnya semangat perdamaian, martabat, toleransi, kebebasan, kebersamaan, dan solidaritas.

Isi alenia VIII. Anak perlu diberi perawatan khusus. Hal ini diakui dalam (a) Deklarasi Jenewa tentang hak-hak anak, (b) Deklarasi Hak-hak anak yang disetujui oleh Sidang Umum PBB tanggal 20 November 1959, (c) Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, (d) Perjanjian Internasional mengenai Hak-hak Sipil dan Politik (khususnya pasal 23 dan pasal 24), (e) Perjanjian Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya

(khususnya pasal 10), dan juga diakui dalam ketentuan-ketentuan dan perangkat pedoman pelaksanaan yang relevan dengan badan-badan khusus, serta organisasi internasional yang menangani kesejahteraan anak.

Isi alenia IX. Anak perlu perlindungan dan perawatan khusus, karena ketidakmampuan fisik dan mentalnya. Perlindungan ini diperlukan, baik sebelum maupun sesudah kelahiran.

Isi alenia X. Membuat peraturan yang berkaitan dengan anak harus memperhatikan (a) Deklarasi tentang prinsip-prinsip Sosial dan Hukum yang berkaitan dengan Perlindungan dan Kesejahteraan Anak, dengan rujukan Khusus pada Pengangkatan Anak dan Adopsi secara Nasional dan Internasional, (b) Ketentuan-ketentuan Baku Minimum PBB untuk penyelenggaraan Peradilan Remaja (*Beijing Rules*), dan (c) Deklarasi mengenai Perlindungan Wanita dan Anak-anak dalam Keadaan Darurat dan Sengketa Bersenjata.

Isi alenia XI. Di semua Negara di dunia ada anak-anak yang hidup dalam keadaan yang amat sulit. Perlu perhatian khusus terhadap anak-anak seperti ini. Perancang konvensi mengakui bahwa ada kenyataan bahwa di semua Negara di dunia ada anak-anak dalam keadaan amat sulit. Pengakuan ini ditindaklanjuti dengan sikap bahwa perlu perhatian khusus terhadap anak-anak seperti ini. Pengakuan seperti ini akan menghasilkan pemikiran dan tindak lanjut yang memungkinkan untuk memecahkan masalah daripada perdebatan yang berkepanjangan mengenai keberadaan anak-anak dalam situasi amat sulit di masing-masing Negara.

Isi alenia ke XII. Anak memerlukan perlindungan dan perkembangan yang serasi. Perlindungan dan perkembangan yang serasi tersebut harus memperhatikan makna tradisi dan nilai-nilai budaya di masing-masing Negara. Perlindungan dan perkembangan anak yang serasi bersifat universal. Di dalam keuniversalan ini harus tetap diperhatikan hal-hal yang bersifat lokal dan temporan yang ada di masing-masing Negara, yaitu tradisi dan nilai-nilai budaya.

Isi alenia XIII. Untuk meningkatkan kondisi kehidupan anak di setiap Negara, khususnya di Negara berkembang perlu kerjasama internasional. Kerjasama internasional merupakan hal yang amat penting jika ingin meningkatkan kondisi kehidupan anak khususnya di Negara-negara yang sedang berkembang.⁶⁹

Menganalisis hak-hak anak tidak dapat dilepaskan dari isu bahwa perlindungan hak-hak anak merupakan bagian tidak terpisahkan dari hak asasi manusia (*human rights*). Menghormati, menegakkan dan mengimplementasikan hak-hak anak adalah sebangun dengan menghormati, menegakkan dan mengimplementasikan hak asasi manusia.⁷⁰

Tahap kehidupan seseorang adalah (a) anak, (b) dewasa, dan (c) tua. Masing-masing tahap kehidupan seseorang mempunyai makna penting. Tahap kehidupan seseorang sebagai anak berperan amat penting untuk tahap kehidupan berikutnya. Oleh karena itu hal yang amat esensial adalah menjamin keberlangsungan kehidupan anak.⁷¹

Ada beragam kategori untuk memahami substansi atau isi konvensi hak-hak anak, salah satu ragam yang paling umum adalah berdasarkan hak yang terkandung dalam konvensi hak-hak anak. Berdasarkan kategori ini ada 4 (empat) kelompok hak dalam konvensi hak-hak anak yaitu :

- a. Hak atas kelangsungan hidup (*survival rights*)
- b. Hak untuk tumbuh berkembang (*development rights*)
- c. Hak atas perlindungan (*protection rights*)
- d. Hak untuk berpartisipasi (*participation rights*).⁷²

⁶⁹ Abdul Racmad Budiono, *Hukum Pekerja Anak*, Universitas Negeri Malang, Malang, 2008, hal.49-50.

⁷⁰ Lilik HS, *Perlindungan Terhadap Hak Asasi Anak*, Jurnal Konstitusi, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2006, hal 46

⁷¹ Abdul Racmad Budiono, *Op.Cit*, hal.49-50.

⁷² Muhammad Joni dan Zulchaina Z.Tanamas, *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1999, hal.35

Hak atas kelangsungan hidup (*survival rights*), ditegaskan dalam pasal 6 dan pasal 24 Konvensi hak-hak anak, yaitu :

Pasal 6 Konvensi hak-hak anak:

Ayat (1):

"States parties recognize that every child has the inherent right to life"

Ayat (2):

"States parties shall ensure to the maximum extend possible the survival and development of the child"

Pasal 24 Konvensi Hak-hak anak :

Ayat (1) :

"States parties recognize the right of the child to enjoyment of the highest attainable standart of health and facilities for the treatment of illness and rehabilitation of health. States parties shall. "States parties shall strive to ensure that no child is deprived of his or her right of acces to such health care services."

Ayat (2):

"States parties shall pursue full implementation of this right nd, in particular, shall take appropriate measurest:

- (a) To diminish infant an child mortality;*
- (b) To ensure the provision of necessary medical assistance and health care to all children with emphasis on the development of primary health care;*
- (c) To combat dsease and malnutrition within the framework of pri-mary health care, throught,inter alia, the application of readily available technology and through the provision of adequate nu-tritious foods and clean drinking-water, taking into consider-ation the dangers and risks of environmental pollution";*
- (d)To ensure appropriate pre-natal health care for mothers;*
- (e)To ensure that all segents of society, in particular parents and children, are informed, have acces to education and are supported in the use of basic knowledge of child health and nutrition, the*

advantages of breastfeeding, hygiene and environmental sanitation and the prevention of accidents;

(f) To develop preventive health care, guidance for parent and family planning education and services;

Ayat (3) :

"States parties shall take all effective and appropriate measures with a view to abolishing traditional practices prejudicial to the health of children"

Ayat (4) :

"States parties undertake to promote and encourage international co-operation with a view to achieving progressively the full realization of the right recognized in the present article. In this regard, particular account shall be taken of the needs of developing countries."

Berdasarkan pada ketentuan kedua pasal tersebut, ada dua hal penting yang dapat disimpulkan, yaitu :

- a. Adanya hak untuk kelangsungan hidup bagi anak, dan
- b. Adanya hak untuk hidup dengan standar kualitas tertinggi.

Konvensi Hak-hak anak memandang bahwa hak atas kelangsungan hidup tetap merupakan hal yang paling esensial, akan tetapi tetap hidup saja belum/tidak-lah cukup. Untuk itu ada hal penting yang harus juga melekat pada kehidupan anak, yaitu standar kesehatan tertinggi. Untuk menjamin terpadunya hak hidup dan standar kualitas kesehatan tertinggi bagi anak, konvensi hak-hak anak menetapkan bahwa Negara-negara peserta akan mengambil enam langkah, yaitu memperkecil angka kematian bayi dan anak, pengadaan bantuan medis, memberantas penyakit dan kekurangan gizi, perawatan kesehatan bagi ibu, jaminan informasi tentang pendidikan dan kesehatan, dan pengembangan perawatan kesehatan pencegahan.

Anak memerlukan perlindungan (*protection*). Untuk menjamin adanya perlindungan bagi anak, Konvensi Hak-hak Anak menegaskan bahwa perlindungan merupakan hak bagi

anak. Anak perlu dilindungi karena anak merupakan individu yang belum matang, baik secara fisik, mental, maupun sosial. Terkait dengan hal ini ada tiga fokus pengaturan dalam konvensi hak-hak anak mengenai perlindungan sebagai hak anak, yaitu (1) adanya larangan diskriminasi; (2) larangan eksploitasi, dan (3) keadaan darurat anak.

Pasal 2 ayat (2) Konvensi Hak-hak anak telah membebankan kepada para Negara-negara peserta berupa kewajiban untuk menjamin adanya perlindungan terhadap anak dari semua bentuk diskriminasi. Hal ini tercermin dari ketentuan Pasal 2 ayat (2) tersebut sebagai berikut : *"States parties shall take all appropriate measures to ensure that the child is protected against all forms of discrimination or punishment on the basis of status, activities, expressed opinions, or beliefs of the child's parent, legal guardians, or family members."*

Disamping ketentuan Pasal tersebut, juga ada Pasal lain dari Konvensi Hak-hak Anak yang mencerminkan adanya perlindungan terhadap semua bentuk diskriminasi, yaitu dalam Pasal 7 ayat (1) yang menentukan : *"The child shall registered immediately after birth and shall have the right from birth to a name, the right to acquire a nationality and as far as possible, the right to know and be cared for by his or her parents."*

Hak atas nama dan kebangsaan merupakan dua hak yang tidak mungkin ditiadakan karena sebab apapun. Tidak dikenal anak lahir tanpa kewarganegaraan tertentu. Sementara itu Konvensi Hak-hak Anak menggunakan istilah "sedapat mungkin anak mengetahui dan diasuh oleh orang tuanya", Klausula ini merupakan hal yang logis dan realistis, sebab dapat saja terjadi seorang anak tidak mengetahui orang tuanya, dan tidak diasuh oleh orang tuanya. Hal ini bisa terjadi, terutama pada saat perang, bencana alam, dan lain-lain. Untuk itulah Negara dibebani kewajiban untuk menjamin pelaksanaan hak tersebut yang disesuaikan dengan hukum nasional masing-masing Negara sebagaimana yang tercermin dari ketentuan Pasal 7 ayat (2) Konvensi Hak-hak Anak, yang menentukan : *"States Parties shall ensure the implementation of these rights in accordance with their*

national law an their obligations under the relevant international instruments in this field, in particular where the child would otherwise be stateless."

d. Teori Hukum Responsif.

Pengkajian mengenai kedudukan hukum anak luar kawin dalam perspektif putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, nampaknya perlu pula dilengkapi dengan kajian dari segi hukum responsif, karena bagaimanapun juga putusan Mahkamah Konsitusi tersebut patut direspon oleh para legislator maupun oleh para penegak hukum utamanya oleh para hakim di pengadilan dalam mengambil keputusan atas perkara mengenai gugatan yang menyangkut kedudukan anak luar kawin. Teori ini patut di jadikan pisau analisis karena tugas utama yustisial hakim adalah memeriksa, mengadili, dan kemudian menjatuhkan putusan atas suatu perkara yang dihadapkan kepadanya, dan yang pertama-tama menjadi pedoman bagi hakim dalam hal ini adalah peraturan perundang-undangan. Tugas yustisial tersebut, termasuk pula didalamnya adalah tugas hakim dalam melakukan penemuan hukum melalui putusan-putusannya. Metode penemuan hukum yang umumnya digunakan oleh hakim adalah metode interpretasi hukum dan konstruksi hukum.

Philippe Nonet dan Philip Selznick didalam sebuah bukunya yang berjudul "Hukum Responsif" menyatakan bahwa :

"Hukum responsif merupakan suatu tahapan evolusi yang lebih tinggi dibandingkan dengan hukum otonom dan hukum represif. Menurut beliau hukum responsif melahirkan kompetensi kelembagaan yang besar dalam upaya mencapai keadilan. Namun penilaian ini tidak melibatkan suatu petunjuk yang tidak membingungkan. Dalam pandangan beliau hukum responsif suatu ideal yang ringkih yang keberhasilan dan diterimanya oleh masyarakat sangat tergantung khususnya pada hal-hal mendesak yang harus

segera dipenuhi dan pada sumber-sumber daya yang dapat digunakan”.⁷³

Lebih lanjut beliau menyatakan bahwa:

“Ketika upaya untuk mempertahankan tatanan dan menjinakkan represi menuntut semua energi yang tersedia, seruan untuk hukum responsif boleh jadi hanya merupakan gangguan atau ancaman terhadap hal-hal mendesak yang lebih mendasar. Bahkan ketika terbuka sejumlah peluang, keinginan akan suatu sistem yang lebih responsif bisa tergantung pada sejauh mana suatu masyarakat atau institusi perlu mengorbankan nilai-nilai lain seperti dicapainya budaya yang tinggi dalam upaya mencapai keadilan”.⁷⁴

1.2.2. Penjelasan Konsep

a. Konsep Anak Luar Kawin

Sebelum menguraikan konsep anak luar kawin, maka terlebih dahulu ada baiknya diberikan batasan umum tentang anak. Adapun yang dimaksud dengan Anak adalah setiap orang yang berumur di bawah 18 (delapan belas) tahun (Pasal 1 angka 26 Undang-undang Nomor 13 tahun 2003). Batas umur anak di dalam undang-undang ini sesuai dengan Konvensi hak-hak anak yang telah disetujui oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tanggal 20 November 1989. Batasan pengertian anak tersebut di dalam hukum positif Indonesia membawa konsekuensi bahwa ada orang yang oleh hukum dinyatakan dewasa, tetapi tetap masuk kualifikasi anak. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 7 ayat (1) UU Perkawinan, yang menegaskan bahwa : “Perkawinan hanya diizinkan jika pihak pria sudah mencapai umur 19 (Sembilan belas) tahun dan pihak wanita sudah mencapai umur 16 (enam belas tahun) tahun”.

⁷³ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, Nusamedia, Bandung, 2013, hal.128

⁷⁴ *Ibid*, hal. 129

Pengertian tentang anak di dalam beberapa peraturan perundang-undangan terjadi inkonsistensi, karena memberikan batasan tentang anak dilihat dari umur menunjukkan adanya perbedaan, yaitu diantaranya di dalam undang-undang Nomor 23 tahun 2002 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang Nomor 35 Tahun 2014 tentang Perlindungan Anak dijelaskan bahwa batas usia anak adalah dibawah atau belum berusia 18 tahun, termasuk mereka yang masih dalam kandungan seorang Ibu; sedangkan di dalam Undang-undang Nomor 4 tahun 1997 tentang Kesejahteraan Anak batas usia anak adalah 21 tahun atau belum pernah kawin; dan hal ini sejalan dengan ketentuan di dalam KUH.Perdata.

Di dalam buku ini pokok bahasannya khusus akan mengkaji anak dalam arti batasan umur antara 0 sampai dengan 18 (delapan belas) tahun atau belum pernah kawin, karena didalam rentang usia tersebutlah anak wajib untuk mendapatkan perlindungan akan hak-hak normatifnya sebagai makhluk ciptaan Tuhan meskipun di dalam berbagai peraturan perundang-undangan masih adanya inkonsistensi mengenai batasan anak dari segi umur. Dan di dalam buku ini akan mengkaji lebih mendalam tentang anak dalam arti hubungan antara orang tua dengan anak. Konsep anak yang dimaksud disini adalah anak dalam arti "*persoon*" yang mempunyai hubungan keperdataan dengan orang tuanya sebagaimana yang telah diatur didalam ketentuan Pasal 45 jo Pasal 46 UU Perkawinan yang menciptakan adanya hak dan kewajiban secara bertimbal balik antara anak dengan orang tua dan orang tua dengan anak.

Menurut Pasal 42 UU Perkawinan, adapun yang dimaksud dengan anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah; sedangkan mengenai pengertian anak luar kawin tidak diatur secara jelas, namun dari ketentuan pasal 42 tersebut berdasarkan *logika argumentum a contrario* anak yang dilahirkan diluar perkawinan disebut sebagai anak luar kawin.

Indonesia adalah sebuah Negara kepulauan yang wilayahnya tersusun oleh pelbagai wilayah persekutuan hukum adat, dimana masing-masing wilayah mempunyai karakteristik

sendiri-sendiri yang membedakan daerah satu dengan daerah yang lain termasuk karakteristik pengaturan mengenai masalah perkawinan. Menurut Van Vollenhoven masyarakat adat di Indonesia dibagi menjadi 19 (sembilan belas) daerah lingkungan hukum adat (*adatrechtskringen*) yang meliputi :

1. Aceh.
2. Tanah Gayo-Alas, Batak serta Nias.
3. Minangkabau beserta Mentawai.
4. Sumatera Selatan.
5. Melayu (Sumatera Timur, Jambi dan Riau).
6. Bangka Dan Belitung.
7. Kalimantan.
8. Minahasa.
9. Gorontalo.
10. Toraja.
11. Sulawesi Selatan.
12. Kepulauan Ternate.
13. Maluku, Ambon.
14. Irian.
15. Kepulauan Timor.
16. Bali dan Lombok (beserta Sumbawa).
17. Jawa Tengah dan Jawa Timur.
18. Daerah-daerah Swapraja.
19. Jawa Barat.⁷⁵

Perkawinan dan segala akibatnya merupakan bagian dari persoalan hukum adat ketika aturan adat menjadi pedoman bagi para calon mempelai sebagai hukum yang berlaku dalam prosesi perkawinan. Di daerah-daerah tertentu aturan adat memegang peranan penting dalam mengatur dan menentukan proses-proses perkawinan beserta akibat-akibanya sesuai dengan ketentuan

⁷⁵ I Gede AB Wiranata, *Hukum Adat Indonesia Perkembangannya dari Masa ke Masa*, PT.Citra Aditya Bakti, Bandung, hal.109

yang berlaku dan mengikat bagi mereka yang melangsungkannya. Terkait dengan penyebutan anak luar kawin di pelbagai daerah pada prinsipnya menunjukkan identitas yang termarginalisasi dari kelompok masyarakat pada umumnya. Adapun beberapa istilah yang dipakai antara lain :

1. Di daerah Sunda/Jawa Barat di kenal dengan “anak haram jaddah”;
2. Di daerah Jawa Tengah di kenal dengan “anak kowar”.
3. Di daerah Bali dikenal dengan “astra” atau “anak bebinjat”.
4. Di daerah Lampung dan Palembang di kenal dengan “anak kampang”.
5. Di daerah Makasar/Bugis di kenal dengan “anak buni” atau “anak bule”.⁷⁶

Menurut hukum Adat yang berlaku di Jawa, anak yang dilahirkan di luar perakwinan yang sah mendapatkan posisi yang sangat rendah dan nista dimata masyarakat pada umumnya, demikian pula dengan hukum adat yang berlaku di Bali dimana anak luar kawin yang disebut sebagai “anak bebinjat” adalah anak yang dilahirkan dari persetubuhan yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang perempuan dengan cara menyimpang dari aturan adat yang telah ditentukan, sehingga akan menimbulkan gangguan terhadap keseimbangan antara manusia dengan Tuhan dan antara manusia dengan manusia.⁷⁷

Apabila aktifitas yang berhubungan dengan kebutuhan biologis yang dilaksanakan dengan tidak patut, maka akan menimbulkan gangguan baik gangguan yang bersifat “sekala” maupun bersifat “niskala” yang akan mengganggu keseimbangan hubungan baik yang sifatnya horizontal maupun sifatnya vertikal.

⁷⁶ D.Y.Witanto, *Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK Tentang Uji Materiil UU Perkawinan*, Prestasi Pustaka, Jakarta, 2012, hal.95.

⁷⁷ Sutha,I Gusti Ketut, *Bunga Rampai Beberapa Aspek Hukum Adat*, Liberty, Yogyakarta, 1987, hal.72.

Bahwa oleh karena Negara Indonesia adalah Negara yang dominan menganut agama Islam, maka pengaruh hukum Islam sangat keras, untuk itu dilihat dari pandangan hukum Islam, anak luar kawin adalah anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah.

Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan menyerahkan ukuran sah atau tidaknya perkawinan kepada hukum agama dan kepercayaan yang dianut oleh calon mempelai, untuk itu dalam rangka menentukan sahnya perkawinan secara agama Islam haruslah memenuhi beberapa rukun sebagaimana yang diatur dalam Pasal 14 Kompilasi Hukum Islam, yaitu antara lain :

1. Calon suami.
2. Calon Istri.
3. Wali nikah.
4. Dua orang saksi.
5. Ijab dan Qabul.

Dari kelima rukun tersebut tidak boleh ada satu pun yang tertinggal, karena semuanya bersifat kumulatif-imperatif dalam arti tidak akan ada perkawinan tanpa adanya kelima rukun tersebut.⁷⁸ Dengan demikian berdasarkan pada *logika argumentum a contrario* ketentuan pasal 14 KHI tersebut, maka anak yang dilahirkan dari perkawinan yang tidak memenuhi rukun islam tersebut adalah disebut sebagai anak luar kawin.

Di lingkungan masyarakat, anak luar kawin selalu menjadi objek cibiran dan cemoohan, sedangkan si laki-laki yang telah menanam benih yang menyebabkan anak luar kawin ini lahir malah jarang menerima dampak dari perbuatannya, untuk itu anak luar kawin ini patut mendapatkan perlindungan baik dari segi hukum maupun dari segi hak asasi manusia (HAM).

Asas perlindungan terhadap hak-hak sasasi manusia/warga negara sebagai bagian dari perlindungan hak-hak asasi bangsa, dalam negara hukum Indonesia, dapat diketemukan dalam kalimat pertama alenia keempat pembukaan UUD-NRI 1945.

⁷⁸ D.Y. Witanto, *Op.Cit*, hal.63

Secara implisit mencakup juga hak-hak asasi anak luar kawin sebagai manusia. Hal ini berarti bahwa negara berkewajiban melindungi hak-hak asasi anak luar kawin, atau anak luar kawin berhak atas perlindungan hak-hak asasinya oleh negara.

Pembukaan UUD-NRI 1945 tersebut telah dipertegas dalam perumusan pasal-pasal nya, antara lain berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap hakekat kedudukan anak luar kawin, yaitu:

Pasal 28 B

- (1) Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah.
- (2) Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.

Pasal 28 D

- (1) Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum.

Ketentuan- ketentuan ini menyangkut hak-hak asasi bagi anak luar kawin didalam kedudukannya sebagai insan pribadi (*persoon*) yang memiliki dimensi khusus dalam kehidupannya. Selain tumbuh-kembangnya memerlukan bantuan orang tua, faktor lingkungan juga memiliki peranan yang sangat penting dalam mempengaruhi kepribadian si anak, ketika menyongsong fase kedewasaannya kelak. Anak juga sosok yang akan memikul tanggungjawab di masa yang akan datang, sehingga tidak berlebihan jika negara memberikan perlindungan bagi anak-anak dari perlakuan-perlakuan yang dapat menghancurkan masa depannya.

Secara filsafati, hukum dibentuk untuk melindungi yang lemah. Hukum memang bagian dari produk politik kekuasaan dominan yang ada saat pembentukannya, namun secara prinsip kehadiran kekuasaan tersebut tidaklah serta merta menggapangkan, mengenyampingkan hak-hak rakyatnya. Berkenaan

dengan itu, sebenarnya melekat nilai-nilai keadilan, kepastian, dan kemanfaatan untuk melindungi hak-hak kaum lemah. Di samping sebagai produk politik, hukum berakar dan terbentuk dalam proses interaksi berbagai aspek kemasyarakatan, seperti politik, ekonomi, sosial, budaya, teknologi, keagamaan dan sebagainya, dibentuk dan ikut membentuk tatanan masyarakat. Bentuknya ditentukan oleh masyarakat, dengan berbagai sifatnya, namun sekaligus ikut menentukan sifat masyarakat itu sendiri.⁷⁹ Begitu juga hakekat hukum keperdataan khususnya yang menyangkut status hukum anak luar kawin beserta hak-hak keperdataannya seperti hak waris sudah semestinya ditujukan untuk melindungi anak-anak yang lahir dari perkawinan, bukan saja memberikan perlindungan kepada anak sah namun anak luar kawin-pun sepatutnya diakui keberadaannya, namun didalam kenyataannya anak luar kawin selalu mendapat perlakuan yang diskriminatif.

Pengakuan terhadap anak luar kawin lebih menitik beratkan pada pengakuan status hukumnya sehingga hal ini adalah merupakan implementasi kongkrit atas pemenuhan hak-hak normatif bagi anak luar kawin tersebut, baik dalam hal memperoleh hak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan.

Secara operasional hak-hak asasi terhadap anak luar kawin didalam UUD-NRI 1945 lebih lanjut dijabarkan kedalam UU Perlindungan Anak; Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak; Peraturan Pemerintah Nomor 54 Tahun 2007 tentang Pengangkatan Anak. Sebagai padanan hak-hak asasi dijumpai pula dalam *Universal Declaration of Human Rights*/Deklarasi Umum Hak Asasi Manusia antara lain dalam ketentuan Pasal 23, 24, 25 dan seterusnya.

⁷⁹ Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 1999, hal.116.

Pengakuan kedudukan hukum anak luar kawin dalam negara hukum (negara kesejahteraan) Indonesia berdasarkan UUDNRI 1945, merupakan bagian dari perlindungan hukum kesejahteraan seluruh bangsa dan rakyat. Dengan rumusan hukum dasar tersebut, penyelenggaraan yang meliputi pelaksanaan, pembuatan peraturan perundang-undangan, dan sekaligus pengawasannya menjadi tanggungjawab pemerintah.

Konsep hukum sangat dibutuhkan dalam mempelajari/memahami hukum. Konsep hukum pada dasarnya adalah batasan tentang sesuatu istilah tertentu. Tiap istilah ditetapkan arti dan batasan maknanya sepaham dan sejelas mungkin yang dirumuskan dalam suatu definisi. Istilah dan arti tersebut diupayakan agar digunakan secara konsisten. Konsep yuridis (*legal concept*) yaitu konsep konstruktif dan sistematis yang digunakan untuk memahami suatu aturan hukum atau system aturan hukum.⁸⁰

Secara fitrah alamiah tidak ada sedikitpun perbedaan antara anak yang dilahirkan dari suatu perkawinan yang sah dengan anak yang lahir di luar perkawinan. Keduanya merupakan subyek hukum yang harus dilindungi oleh Negara dan undang-undang, karena menurut pandangan agama, tidak ada satu ajaran-pun yang menganut prinsip tentang dosa keturunan, sehingga stigma tentang anak luar kawin yang sering disebut sebagai “anak haram jadah”, “anak kampang”, “anak sumbang”, “anak kowar” dan sebagainya harus disingkirkan dari identitas yang selama ini melekat pada diri mereka dan perlahan-lahan masyarakat harus dapat memahami bahwa yang membedakan mereka (anak luar kawin) dengan anak-anak lain pada umumnya hanyalah berbeda nasib dan takdir semata. Perbuatan zina dan haram yang dilakukan oleh orang tuanya tidak bisa menjadi alasan untuk memberikan stigma haram bagi si anak. Anak yang lahir dari sebab hubungan apapun harus tetap dipandang sebagai anak suci dan terlepas dari dosa yang dilakukan oleh orang tuanya, dan semestinya juga dihadapan hukum ia harus

⁸⁰ Asri Wijayanti, *Hukum Ketenagakerjaan pasca Reformasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hal. 3.

mendapatkan hak dan kedudukan yang seimbang dengan anak-anak sah lainnya.⁸¹

Pengakuan anak luar kawin merupakan bentuk perbuatan hukum yang menimbulkan status hukum baru (*constitutive*) karena dengan adanya pengakuan, maka munculah status dan hak bagi si-anak dihadapan hukum perdata. Si anak yang sebelumnya tidak memiliki hak apa-apa terhadap ayah atau ibu biologisnya menjadi memiliki hak waris dan hak keperdataan lainnya.⁸²

Kedudukan anak didalam *Burgerlijk Wetboek* (selanjutnya disebut BW) dibedakan menjadi : 1) Anak sah; dan 2) Anak luar kawin. Ketentuan Pasal 250 BW menyebutkan: "Tiap-tiap anak yang dilahirkan atau ditumbuhkan sepanjang perkawinan memperoleh si suami sebagai bapaknya".

Ketentuan pasal tersebut dapat ditarik kesimpulan bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan atau anak yang ditumbuhkan dalam suatu perkawinan dan mendapatkan si suami sebagai bapaknya, dan pengertian sebaliknya dari rumusan pasal di atas dikategorikan sebagai anak yang tidak sah.

Dua kategori keabsahan anak dalam ketentuan Pasal 250 BW dapat diuraikan menjadi: a. anak yang dilahirkan sepanjang perkawinan, dan b. anak yang ditumbuhkan sepanjang perkawinan.

Seorang anak yang dapat dikatakan lahir dalam suatu perkawinan jika tanggal pelaksanaan perkawinan orang tuanya lebih tua (lebih dulu) dari tanggal kelahiran si anak, namun tidak lebih dari tanggal perceraian jika terjadi perceraian pada orang tuanya, baik cerai hidup maupun cerai mati. Dalam hal ini hukum tidak melihat kapan benih si anak tersebut ditumbuhkan di dalam rahim ibunya, sepanjang kelahiran anak itu dalam suatu ikatan perkawinan, maka anak tersebut menjadi anak yang sah kecuali jika keabsahan anak tersebut dipersoalkan oleh suami sebagaimana diatur didalam Pasal 251 BW.

⁸¹ D.Y Witanto, *Op.Cit.* hal.12.

⁸² *Ibid* , hal. 69.

Seorang Anak yang ditumbuhkan sepanjang perkawinan adalah seorang anak yang mendapatkan status sebagai anak sah jika benih anak tersebut ditumbuhkan oleh orang tuanya ketika dalam ikatan perkawinan, apabila kemudian terjadi perceraian, baik cerai hidup maupun cerai mati lalu si anak itu lahir, maka dia tidak kehilangan kedudukannya sebagai anak sah.

BW membagi anak luar kawin menjadi 3 (tiga) kelompok yaitu: 1) Anak zina; 2) Anak sumbang; dan 3) Anak luar kawin. Anak zina menurut prinsip hukum perdata barat adalah anak yang dilahirkan dari hubungan antara seorang laki-laki dan seorang perempuan yang salah satu atau keduanya sedang terikat perkawinan dengan yang lain, hal ini sebagai konsekuensi dari asas monogami yang dianut dalam BW. Sedangkan anak sumbang adalah anak yang lahir dari hubungan antara laki-laki dan perempuan dimana hukum melarang perkawinan antara mereka, misalnya karena masih terikat hubungan darah (*incest*). Sedangkan anak luar kawin lainnya adalah anak yang dibiakkan atau dilahirkan diluar perkawinan orang tuanya namun bisa diakui oleh orang tuanya.⁸³

Berdasarkan beberapa aturan perundang-undangan, anak sah diberikan definisi antara lain dalam Pasal 42 UU Perkawinan yang menyebutkan bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan sah, sehingga untuk mengartikan tentang anak tidak sah (anak luar kawin) terpaksa menggunakan *logika argumentum a contrario* terhadap pasal tersebut bahwa anak luar kawin adalah anak yang tidak dilahirkan dalam atau sebagai akibat dari perkawinan yang sah.

Berdasarkan sebab dan latar belakang terjadinya anak luar kawin timbul antara lain disebabkan oleh:

- 1) anak yang dilahirkan oleh seorang wanita tetapi wanita itu tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria yang menyeturuhinya dan tidak mempunyai ikatan perkawinan dengan pria atau wanita lain;

⁸³ *Ibid*, hal. 30

- 2) anak yang dilahirkan dari seorang wanita, kelahiran tersebut diketahui dan dikehendaki oleh salah satu atau ibu bapaknya, hanya saja salah satu atau kedua orang tuanya masih terikat dengan perkawinan lain.
- 3) anak yang lahir dari seorang wanita dalam masa *iddah* perceraian tetapi anak yang dilahirkan itu merupakan hasil hubungan dengan pria yang bukan suaminya ada kemungkinan anak luar kawin ini dapat diterima oleh keluarga kedua belah pihak secara wajar jika wanita yang melahirkan itu kawin dengan pria yang menyetubuhinya.
- 4) anak yang lahir dari seorang wanita yang ditinggal suami lebih dari 300 hari anak tersebut tidak diakui suaminya sebagai anak yang sah.
- 5) anak yang lahir dari seorang wanita padahal agama yang mereka peluk menentukan lain, misalnya dalam agama Katolik tidak mengenal cerai hidup tetapi dilakukan juga kemudian ia kawin lagi dan melahirkan anak. Anak tersebut dianggap anak luar kawin.
- 6) anak yang lahir dari seorang wanita sedangkan pada mereka berlaku ketentuan Negara melarang mengadakan perkawinan misalnya Warga Negara Indonesia (WNI) dan Warga Negara Asing (WNA) tidak mendapat ijin dari kedutaan besar untuk mengadakan perkawinan karena salah satu dari mereka telah mempunyai isteri tetapi mereka tetap campur dan melahirkan anak, anak tersebut dinamakan juga anak luar kawin.
- 7) anak yang dilahirkan oleh seorang wanita tetapi anak tersebut sama sekali tidak mengetahui kedua orang tuanya.
- 8) anak yang lahir dari perkawinan yang tidak dicatat di Kantor Catatan sipil dan/atau kantor Urusan Agama.
- 9) anak yang lahir dari perkawinan secara adat tidak dilaksanakan menurut agama dan kepercayaan serta tidak terdaftar di kantor Catatan Sipil dan kantor Urusan Agama.⁸⁴

⁸⁴ H. Herusko, *Anak Di Luar Perkawinan*, Makalah Seminar Kowani, Jakarta, 14 Mei 1996, hal. 6.

Berdasarkan pada uraian di atas, meskipun undang-undang memberikan batasan yang dimaksud dengan anak adalah mereka yang berumur antara 0 tahun sampai dengan 18 tahun (lihat Pasal 47 jo 50 UU Perkawinan) namun dengan memperhatikan amar putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 yang menyatakan bahwa “Anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”, nampak dengan jelas bahwa konsep anak yang dimaksud didalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tersebut bukanlah konsep anak dalam arti anak yang berumur antara 0 tahun sampai dengan usia 18 tahun, melainkan lebih dari itu yaitu menyangkut anak dalam arti *persoon*. Konsep anak yang dimaksud didalam buku ini adalah mereka yang mempunyai hak dan kewajiban seperti hubungan antara orang tua dengan anak. Pembahasan terhadap pokok masalah di dalam buku ini akan mengkaji lebih mendalam konsep anak luar kawin dalam arti mereka yang dilahirkan sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang sudah dan/atau yang masih terikat tali perkawinan yang sah dengan isterinya, sedangkan isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini. Dipilihnya anak luar kawin model ini, karena perkawinan siri tersebut hingga saat ini masih menciptakan adanya pro dan kontra di kalangan para kaum ulama, yaitu ada yang memandang perkawinn siri ini adalah perkawinan sah, karena telah dilakukan menurut hukum agama, namun oleh karena menurut hukum Negara belum pernah dicatatkan, maka perkawinan tersebut dianggap tidak pernah ada, sehingga anak-anak yang dilahir-kannya itu-pun juga merupakan anak yang tidak sah atau anak luar kawin. Dan anak-anak luar kawin model ini sering hidupnya diterlantarkan, dan bahkan diperlakukan secara diskriminatif, lebih lagi bilamana ayah biologisnya tidak mau mengakui dirinya sebagai ayah dari anak luar kawin tersebut.

Sedangkan yang dimaksudkan dengan hubungan perdata di dalam buku ini adalah hubungan antara orang tua dengan anak yang menimbulkan hak dan kewajiban antara anak luar kawin sebagai akibat dari perkawinan siri dengan orang tua biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah, sebagaimana yang ditentukan didalam Bab X UU Perkawinan Pasal 45 jo Pasal 46.

b. Eksistensi Putusan Mahkamah Konstitusi.

Sebelum menguraikan tentang eksistensi Putusan Mahkamah Konstitusi, terlebih dahulu akan diuraikan tentang pengertian putusan.

Putusan adalah merupakan hasil tahu, dimana putusan terdiri dari subyek dan pengertian yang menjadi satu pengertian. Putusan merupakan cetusan pengetahuan dari pengakuan sesuatu terhadap sesuatu. Dengan demikian jelaslah bahwa keputusan itu merupakan tindakan manusia (dengan dirinya yang menyukai atau mengingkari sesuatu terhadap sesuatu.⁸⁵ Sedangkan Putusan hakim adalah suatu pernyataan yang oleh hakim, sebagai pejabat Negara yang diberi wewenang untuk itu, diucapkan di persidangan dan bertujuan untuk mengakhiri atau menyelesaikan suatu perkara atau sengketa antara para pihak.⁸⁶ Jadi putusan adalah perbuatan hakim sebagai penguasa atau pejabat Negara.

Lebih lanjut Sudikno Mertokusumo, mengatakan bahwa putusan itu mempunyai 3 (tiga) macam kekuatan, yaitu: a) kekuatan mengikat, b). kekuatan pembuktian; dan c). kekuatan eksekutorial atau kekuatan untuk dilaksanakan.⁸⁷

Ad.a. Kekuatan Mengikat.

Untuk dapat melaksanakan atau merealisasi suatu hak secara paksa diperlukan suatu putusan pengadilan atau akta autentik

⁸⁵ Ekwana-fajar.blogspot.com; diunduh tanggal 3 Oktober 2013.

⁸⁶ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Edisi Revisi, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2013, hal.220.

⁸⁷ Sudikno Mertokusumo, *Loc.Cit*, hal 223

yang menetapkan hak itu. Suatu putusan pengadilan dimaksudkan untuk menyelesaikan suatu persoalan atau sengketa dan menetapkan hak atau hukumnya. Kalau pihak yang bersangkutan menyerahkan dan mempercayakan sengketanya kepada pengadilan atau hakim untuk diperiksa atau diadili, maka hal ini mengandung arti bahwa pihak-pihak yang bersangkutan akan tunduk dan patuh pada putusan yang dijatuhkan. Putusan yang telah dijatuhkan itu haruslah dihormati oleh kedua belah pihak. Salah satu pihak tidak boleh bertindak bertentangan dengan putusan.

Ad. b. Kekuatan Pembuktian.

Dituangkannya putusan dalam bentuk tertulis, yang merupakan akta otentik, tidak lain bertujuan untuk dapat digunakan sebagai alat bukti bagi para pihak, yang mungkin diperlukannya untuk mengajukan banding, kasasi atau pelaksanaannya. Arti putusan itu sendiri dalam hukum pembuktian ialah bahwa dengan putusan itu telah diperoleh suatu kepastian tentang sesuatu. Sekalipun putusan tidak mempunyai kekuatan mengikat terhadap pihak ketiga, namun mempunyai kekuatan pembuktian terhadap pihak ketiga.

Ad. c. Kekuatan Eksekutorial.

Suatu putusan dimaksudkan untuk menyelesaikan suatu persoalan atau sengketa dan menetapkan hak atau hukumnya. Ini tidak berarti semata-mata hanya menetapkan hak atau hukumnya saja, melainkan juga realisasi atau pelaksanaannya (eksekusinya) secara paksa. Kekuatan mengikat saja dari suatu putusan pengadilan belum cukup dan tidak berarti apabila putusan itu tidak dapat direalisasi atau dilaksanakan. Oleh karena putusan itu menetapkan dengan tegas hak atau hukumnya untuk kemudian direalisasi, maka putusan hakim mempunyai kekuatan eksekutorial, yaitu kekuatan untuk dilaksanakannya apa yang ditetapkan dalam putusan itu secara paksa oleh alat-alat Negara.

Eksistensi putusan hakim atau lazim disebut dengan terminology “putusan pengadilan” sangat diperlukan untuk

menyelesaikan perkara perdata. Apabila ditinjau dari visi hakim yang memutus perkara, putusan hakim merupakan “mahkota” sekaligus “puncak” dan “akta penutup” pencerminan nilai-nilai kebenaran, penguasaan hukum dan fakta, etika, serta moral dari hakim yang bersangkutan.⁸⁸ Kalau kita bertitik tolak pada ketentuan-ketentuan pasal 184 HIR, pasal 195 RBg., Pasal 30 RO, Pasal 25 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 Tahun 2004 tidak ditemukan mengenai pengertian/batasan terhadap ‘putusan hakim’. Ketentuan-ketentuan tersebut di atas pada dasarnya hanya menentukan hal-hal yang harus ada dan dimuat oleh “putusan hakim”. Untuk itu marilah kita melihat beberapa pandangan doktrina dan pandangan rancangan perundang-undangan mengenai pengertian putusan hakim/pengadilan sebagai berikut :

I.Rubini dan Chaidir Ali merumuskan bahwa : “Keputusan hakim itu merupakan suatu akta penutup dari suatu proses perkara dan putusan hakim itu disebut vonnis yang menurut kesimpulan-kesimpulan terakhir mengenai hukum dari hakim serta memuat pula akibat-akibatnya”.⁸⁹

Riduan Syahrani memberikan batasan putusan pengadilan adalah : “Pernyataan hakim yang diucapkan pada sidang pengadilan yang terbuka untuk umum untuk menyelesaikan atau mengakhiri perkara perdata”.⁹⁰

Bab I Pasal 1 Angka 5 Rancangan Undang-Undang Hukum Acara Perdata tahun 2007 menyebutkan bahwa: “Putusan pengadilan” adalah putusan hakim yang dituangkan dalam bentuk tertulis dan diucapkan di persidangan yang terbuka untuk umum serta bertujuan untuk menyelesaikan dan/atau mengakhiri gugatan.

⁸⁸ Lilik Mulyadi, *Putusan hakim Dalam hukum Acara Perdata Indonesia Teori, Praktik, Teknik membuat Dan Permasalahannya*, PT.Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2009, hal. 147

⁸⁹ I.Rubini dan Chaidir Ali, *Pengantar Hukum Acara Perdata*, Alumni, Bandung, 1974, hal.105.

⁹⁰ Riduan Syahrani, *Hukum Acara Perdata di Lingkungan Peradilan Umum*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1988, hal. 83

Lilik Mulyadi dengan melalui visi praktik dan teoritis menyebutkan bahwa “putusan hakim” itu adalah: “Putusan yang diucapkan oleh hakim karena jabatannya dalam persidangan perkara perdata yang terbuka untuk umum setelah melalui proses dan prosedural hukum acara perdata pada umumnya dibuat dalam bentuk tertulis dengan tujuan menyelesaikan atau mengakhiri suatu perkara.”⁹¹

Berdasarkan pada batasan sebagaimana telah diuraikan di atas, sependapat dengan Lilik Mulyadi yang mengatakan bahwa pada hakikatnya putusan hakim merupakan:

1. Putusan yang diucapkan dalam persidangan perkara perdata yang terbuka untuk umum.
2. Putusan dijatuhkan setelah melalui proses dan procedural hukum acara perdata pada umumnya.
3. Putusan dibuat dalam bentuk tertulis.
4. Putusan hakim tersebut bertujuan menyelesaikan atau mengakhiri suatu perkara.

Setelah dibahas mengenai pengertian dari putusan, dan macam-macam kekuatan dari putusan tersebut, maka selanjutnya akan diuraikan mengenai lembaga Mahkamah Konstitusi (MK) tersebut.

Mahkamah Konsitusi (MK) sebagai salah satu penegak hukum di Indonesia telah menunjukkan perannya dalam mendorong dan melakukan pembaharuan hukum, peradilan, dan demokrasi di Indonesia. Keberadaan Mahkamah Konstitusi dengan segenap kewenangan yang dimiliki, memunculkan kebutuhan adanya lapangan hukum baru untuk menegakkan Hukum Tata Negara (HTN), yaitu Hukum Acara Mahkamah Konstitusi sebagai hukum formal (*procedural law*) yang memiliki fungsi sebagai *publiekrechtelijke instrumentarium* untuk menegakkan hukum materiil (*materiel staatrecht*). HTN materiil ini meliputi berbagai perundangan yang berlaku secara formal dalam praktek penyelenggaraan Negara yang berpuncak pada

⁹¹ Lilik Mulyadi, *Op.Cit*, hal.149

konstitusi atau UUD sebagai *the supreme law of the land*. Disisi lain perkembangan masyarakat, baik secara ekonomi, politik, sosial budaya serta pengaruh globalisme dan lokalisme menghendaki adanya responsifitas terhadap tuntutan penegakan hukum dan efektivitas maupun efisiensi pelayanan publik dalam mencapai tujuan penyelenggaraan Negara.

Atas dasar perlindungan hak-hak konstitusional warga negara; mewujudkan persamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan; melindungi dan menjamin hak asasi manusia dari warga Negara; memberikan penjelasan agar tidak menimbulkan multitafsir, dan untuk memberikan pengakuan, jaminan perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama dihadapan hukum, hakim Mahkamah Konstitusi membuat putusan yang bersifat mengatur (*positive legislature*) dalam pengujian Undang-Undang.⁹²

Kewenangan Mahkamah Konstitusi (MK) sebagaimana yang diatur dalam UUD-NRI 1945 Pasal 24 C, yang menyatakan,

“Mahkamah konstitusi berwenang mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap UUD Negara Republik Indonesia 1945, memutus sengketa kewenangan lembaga Negara yang kewenangannya diberikan oleh UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945, memutus pembubaran partai politik, dan memutus perselisihan tentang hasil pemilihan umum.”

Di samping kewenangan di atas, Mahkamah Konstitusi (MK) mempunyai kewajiban memberikan putusan atas pendapat Dewan Perwakilan Rakyat mengenai dugaan pelanggaran oleh Presiden dan/atau Wakil Presiden.

Setelah eksistensi konstitusionalnya mendapat tempat dalam UUD 1945 pasca amandemen, Mahkamah Konstitusi

⁹² Martitah, *Mahkamah Konsitusi dari Negative Legislature ke Positive Legislature*, Konstitusi Press, Cet.Pertama, Jakarta, 2013, hal.iv

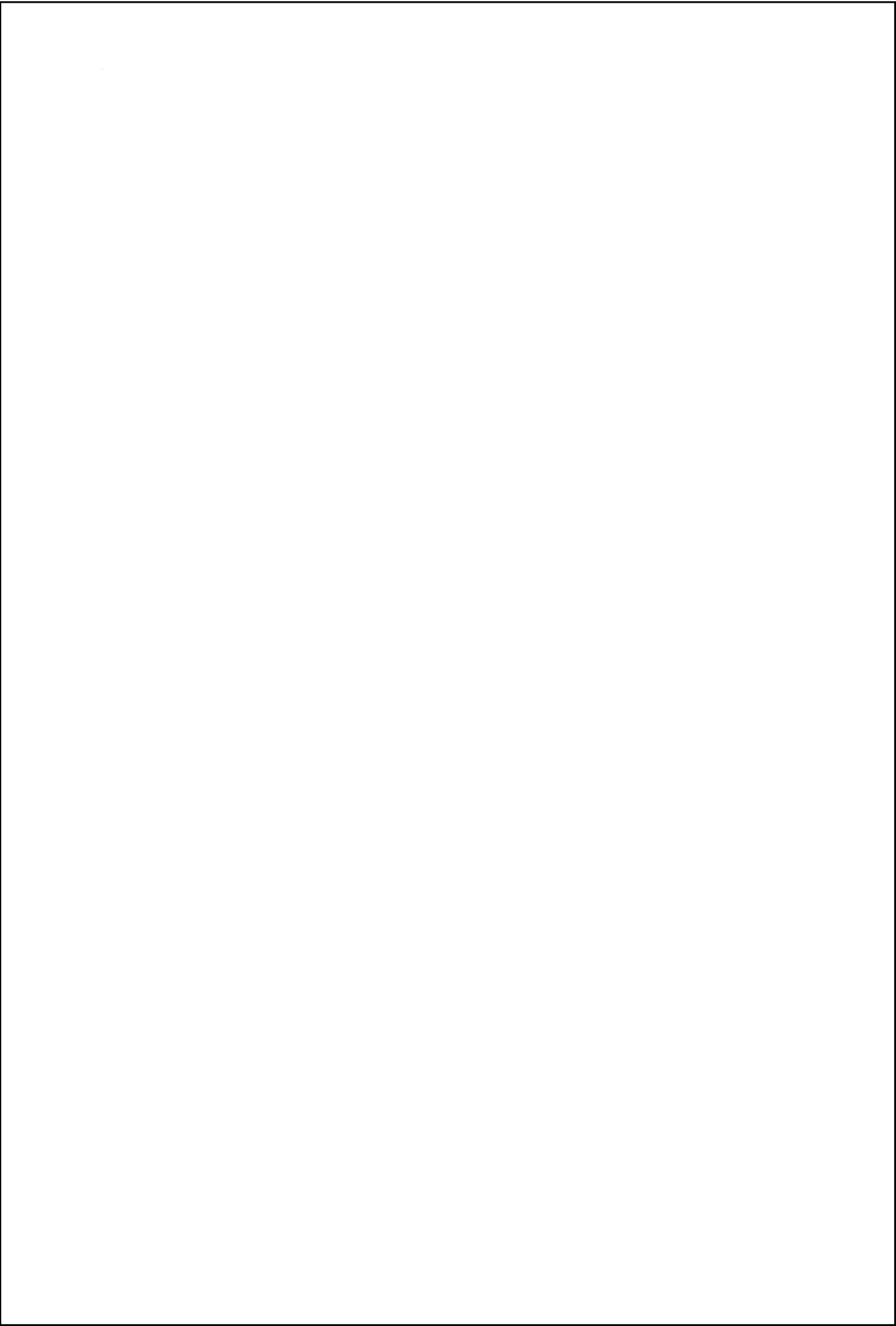
(MK) secara resmi dibentuk pada tahun 2003 melalui UU No. 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi jo UU No. 8 tahun 2011. Dalam kiprahnya, sebagai sebuah lembaga Negara baru, Mahkamah Konstitusi dianggap sangat fenomenal, karena banyak memberikan suntikan kontribusi penting dan positif bagi pembangunan hukum serta demokrasi. Sebagaimana yang diharapkan sejak awal, dibentuknya Mahkamah Konstitusi (MK) dimaksudkan untuk mengawal dan menjaga agar konstitusi sebagai hukum tertinggi benar-benar dijalankan atau ditegakkan dalam penyelenggaraan kehidupan kenegaraan sesuai dengan prinsip-prinsip negara hukum modern.⁹³ Dalam konteks negara hukum modern ini, hukum menjadi faktor penentu bagi keseluruhan paradigma kehidupan sosial, ekonomi, dan politik di suatu negara. Untuk itu, sistem hukum perlu dibangun (*law making*) dan ditegakkan (*law enforcing*) sebagaimana mestinya sesuai dan sejalan dengan konstitusi sebagai hukum yang paling tinggi.

Dari sekian banyak kewenangan yang dimiliki oleh Mahkamah Konstitusi, kewenangan yang paling banyak mendapat perhatian adalah kewenangan mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji Undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar. Hal ini dikenal dengan istilah *judicial review*. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46 /PUU-VIII/2010 merupakan hasil dari *judicial review*.

Penjelasan Pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 Tentang Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut UU Mahkamah Konstitusi) menegaskan bahwa Putusan Mahkamah Konstitusi bersifat final. Artinya putusan Mahkamah Konstitusi langsung memperoleh kekuatan hukum tetap sejak diucapkan dan tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh. Untuk itu didalam mengeluarkan putusan, Mahkamah Konstitusi harus benar-benar berhati-hati dan penuh pertimbangan serta menjaga asas-asas atau patokan-patokan yang telah ada agar aturan yang dikeluarkan mengandung kemaslahatan bagi khalayak luas.

⁹³ Martitah, *Ibid*, hal.5

Untuk itu tinjauan yuridis, normatif dan sosiologis didalam disertasi ini akan mencoba untuk menggali sejauh mana putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 sejalan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia dan sejauh mana gerak masyarakat merespons hadirnya putusan tersebut. Terutama apakah benar putusan tersebut telah memberikan perlindungan terhadap hak-hak anak luar kawin.



BAB II

HAKEKAT KEDUDUKAN ANAK LUAR KAWIN

DALAM UU PERKAWINAN

2.1. Sifat Sakral Perkawinan Bagi Bangsa Indonesia.

Perkawinan adalah perilaku mahluk ciptaan Tuhan Yang Maha Esa agar kehidupannya di alam dunia berkembang biak. Perkawinan bukan saja terjadi di kalangan manusia, tetapi juga terjadi pada tanaman tumbuhan dan hewan. Mengingat manusia sebagai mahluk yang dikarunia cipta (akal pikiran) disamping rasa dan karsa, maka manusia dapat mempertimbangkan perbuatan-perbuatan yang manfaat dan madlarat, berguna dan tidak berguna, baik dan buruk, perintah anjuran dan larangan, walaupun akal pikiran itu sendiri kemampuannya terbatas.

Oleh karena dikarunia cipta inilah manusia dibebani pula dengan tanggungjawab, mereka dibebani kewajiban sebagai kompensasi dari hak-hak yang mereka miliki, mereka sebagai subyek hukum bukan obyek hukum sebagaimana hewan maupun tumbuh-tumbuhan. Karena manusia berakal pikiran pulalah maka kehidupan manusia diatur oleh suatu Syari'at agama.⁹⁴ Mereka diatur oleh hukum-hukum yang mengatur peri kehidupan manusia itu sendiri, kecuali manusia-manusia tertentu yang memang merupakan perkecualian karena akalnya pula seperti anak-anak belum akil baligh, orang gila dan orang-orang yang tidak mampu menggunakan akal pikirannya termasuk manusia-manusia ediot yang perlu diletakkan dibawah pengawasan seorang curator atau pengampu (penyantun).

⁹⁴ Bibit Suprpto, *Liku-liku Poligami*, Al Kautsar, Yogyakarta, 1990, hal.33

Manusia jelas berbeda dengan hewan karena makhluk ini dikaruniai dengan akal pikiran disamping instink, sedangkan hewan hanya mempunyai instink (naluri) belaka tidak mempunyai akal pikiran sama sekali. Memang benar apa yang dikatakan oleh Aristoteles seorang filosof Yunani kuno menyebutkan “manusia sebagai hewan-hewan yang berpolitik” atau “hewan-hewan bermasyarakat” (*Zoon Politicon*).⁹⁵ Orang-orang ahli ilmu mantiq (logika) menamakan manusia sebagai hewan-hewan yang berakal atau hewan-hewan yang berfikir. Kedua jenis makhluk ini sama-sama mempunyai naluri atau instink, keduanya mempunyai dorongan nafsu perut dan nafsu sahwat, tetapi yang membedakan antara keduanya adalah akal pikiran, dengan akal pikirannya itulah manusia mampu membedakan dirinya dengan hewan.

Sebagai makhluk berakal, maka manusia mempunyai kewajiban dan tanggungjawab lebih berat dibandingkan hewan, bahkan kewajiban dan tanggungjawab itu bukan bandingannya lagi. Hubungan seksual antara kedua insan berbeda jenis kelamin, antara manusia laki-laki dengan manusia perempuan haruslah diatur dalam suatu hukum yang disebut dengan hukum perkawinan. Hukum inilah yang mengatur seluk-beluk ikatan antara manusia laki-laki dengan manusia perempuan baik jasmani maupun rohani, melalui syari’at perkawinan (nikah) hubungan seksual laki-laki dengan perempuan tidak menjadi liar seperti hubungan seksual ala binatang yang tidak dilekati oleh suatu tanggungjawab, tetapi sebagai hubungan yang sah dan benar, yang memanusiakan manusia menghormati harkat dan martabat dan nilai-nilai kemanusiaan yang berbudaya luhur.

Bangsa Indonesia mewarisi nilai budaya yang melandasi tata kehidupannya. Sari dan puncak sosio-budaya ini ialah nilai-nilai yang melandasi tata kehidupan. Nilai ini disebut pandangan hidup (filsafat hidup). Sebagaimana setiap pribadi manusia selalu mempunyai keyakinan dan pandangan hidup yang dianggap terbaik, atau pilihan nilai, maka bagi setiap bangsa juga demikian. Adapun sari dan puncak nilai dalam sosio-

⁹⁵ *Ibid*, hal.34

budaya kita dapat dilihat terutama di dalam hal-hal sebagai berikut :

1. Keyakinan adanya Tuhan Yang Maha Esa sebagai Maha pencipta semesta, pengayom alam semesta. Kepada-Nya manusia menaruh kepercayaan dan harapan bagi hidup di dunia dan sesudah mati. Inilah asas kehidupan ketuhanan dan keagamaan;
2. Asas kekeluargaan, cinta kebersamaan sebagai satu keluarga, ayah, ibu, dan anak-anak. Cinta kekeluargaan ini menjadi dasar terbentuknya masyarakat (kampong, desa, warga sampai negara), kesatuan dan kerukunan;
3. Asas musyawarah mufakat: kebersamaan adalah kumpulan banyak pribadi, warga, dan keluarga. Keinginan dan kemampuan warga masyarakat berbeda-beda. Supaya mereka tetap rukun bersatu, keputusan ditetapkan atas dasar musyawarah mufakat;
4. Asas gotong royong : kebersamaan memikul beban tanggungjawab demi kepentingan bersama. Keputusan yang ditetapkan atas asas musyawarah mufakat untuk kebersamaan adalah tanggung jawab bersama. Jadi, dilaksanakan bersama secara gotong royong oleh dan untuk kebersamaan;
5. Asas tenggang rasa atau teposeliro; saling menghayati keadaan dan perasaan antar warga, antar pribadi; asas saling menghargai dan menghormati dalam keragaman dan perbedaan. Saling menghormati hak, pendapat, keyakinan dan agama masing-masing demi terpeliharanya kesatuan dan keharmonisan hidup bersama.⁹⁶

Asas mendasar ini merupakan sifat utama masyarakat kita sepanjang sejarah. Tata kehidupan berdasarkan asas-asas demikian membudaya dan merupakan watak masyarakat Indonesia. Karena itu pula nilai-nilai ini dianggap sebagai kepribadian bangsa Indonesia, termasuk didalamnya nilai-nilai yang membudaya dalam hal melangsungkan perkawinan.

⁹⁶ *Pendidikan Pancasila di Perguruan Tinggi*, Laboratorium Pancasila IKIP Malang, Malang, 1994, hal.5

Aturan tata-tertib perkawinan sudah ada sejak masyarakat sederhana yang dipertahankan anggota-anggota masyarakat dan para pemuka masyarakat adat dan aturan para pemuka agama. Aturan tata-tertib itu terus berkembang maju dalam masyarakat yang mempunyai kekuasaan pemerintahan dan di dalam suatu Negara. Di Indonesia aturan tata-tertib perkawinan itu sudah ada sejak zaman kuno, sejak zaman Sriwijaya, Majapahit, sampai masa kolonial Belanda dan sampai Indonesia merdeka. Bahkan aturan perkawinan itu sudah tidak saja menyangkut warga Negara Indonesia, tetapi juga menyangkut warga Negara asing, karena bertambah luasnya pergaulan bangsa Indonesia.

Bangsa Indonesia adalah suatu bangsa yang dikenal memegang teguh adat dan budayanya yang sangat religius. Dalam konsep sosiokultural, masyarakat Indonesia tidak bisa dilepaskan dari unsur agama. Agama berisi kepercayaan dan nilai bersama yang bersinggungan dengan keyakinan akan adanya kekuatan dan kekuasaan sesuatu yang bersifat supernatural. Kekuatan yang kodrati ini dianggap mencampuri secara langsung jalannya suatu masyarakat atau paling tidak kehidupan sosial masyarakat Indonesia.⁹⁷

Demikian pula halnya didalam memandang lembaga perkawinan sebagai suatu lembaga yang sangat sakral dan mengandung nilai-nilai budaya yang religius magis. Dengan adanya kepercayaan kepada Tuhan Yang Maha Esa yang tercermin dalam agama yang dianutnya, akan memberikan tuntunan ataupun bimbingan kepada orang yang memeluknya. Agama akan menuntun ataupun bimbingan kepada orang yang memeluknya. Agama akan menuntun ke hal-hal yang baik, ke hal-hal yang tidak tercela, sehingga dengan demikian dapat dikemukakan bahwa makin kuat seseorang menganut agamanya, maka orang tersebut akan mempunyai sikap yang mengarah ke hal-hal yang baik.

Demikian pula bila hal ini dikaitkan dengan perkawinan, maka agama yang dianut oleh masing-masing anggota pasangan akan memberikan tuntunan atau bimbingan bagaimana ber-

⁹⁷ Ahmad Tholabi Kharlie, *Op.Cit*, hal.95

tindak secara baik. Banyak tindakan negatif yang dapat dicegah pelaksanaannya karena dilatarbelakangi oleh kuatnya agama yang dianut. Dengan agama atau kepercayaan yang kuat, keadaan ini akan dapat digunakan sebagai benteng yang tangguh untuk menanggulangi perbuatan-perbuatan yang tidak terpuji.

Bagi bangsa Indonesia suatu peristiwa perkawinan adalah suatu peristiwa yang sangat penting dalam penghidupan bermasyarakat; sebab perkawinan itu tidak hanya menyangkut wanita dan pria bakal calon mempelai saja, tetapi juga menyangkut orang tua kedua belah pihak, saudara-saudaranya, bahkan keluarga-keluarga mereka masing-masing.

Lembaga perkawinan adalah merupakan pintu gerbang untuk melaksanakan rangkaian kegiatan mewujudkan terjaminnya pertumbuhan dan perkembangan generasi bangsa dari anak-anak hingga dewasa, baik secara fisik, spiritual maupun sosial. Rangkaian kegiatan ini dimaksudkan untuk mewujudkan kehidupan terbaik bagi anak yang diharapkan sebagai penerus bangsa yang potensial, tangguh memiliki nasionalisme yang dijiwai oleh akhlak mulia dan nilai-nilai Pancasila.

Dilihat dari pandangan hukum adat, perkawinan itu bukan hanya merupakan peristiwa penting bagi mereka yang masih hidup saja, tetapi perkawinan juga merupakan peristiwa yang sangat berarti serta yang sepenuhnya mendapat perhatian dan diikuti oleh arwah-arwah para leluhur kedua belah pihak. Dan dari arwah-arwah inilah kedua belah pihak beserta seluruh keluarganya mengharapkan juga restunya bagi mempelai berdua, hingga mereka ini setelah menikah selanjutnya dapat hidup rukun bahagia sebagai suami istri sampai “kaken-kaken ninen-ninen” (istilah Jawa yang artinya sampai sang suami menjadi kaki-kaki dan istri menjadi nini-nini yang bercucu-cicit).⁹⁸

Oleh karena begitu sakralnya lembaga perkawinan menurut adat, maka bilamana sampai ada lahir anak tanpa melalui suatu proses perkawinan dari orang tuanya ada dua pandangan yang berbeda, yaitu :

⁹⁸ Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat*, Gunung Agung, Jakarta, 1984, hal.122

1. Menganggap anak-anak itu tidak bersalah, bebas cela, penghinaan dan hukuman, walaupun hubungan perempuan dan laki-laki tanpa upacara adat, tanpa perakwinan atau sesuatu formalitas apapun;
2. Perbuatan melahirkan anak tidak sah adalah “dikutuk” dan harus dienyahkan, diekskomunikasikan baik bagi si ibu maupun bagi si anak.⁹⁹

Dalam hal yang pertama kita melihat, bahwa anak yang lahir di luar perkawinan, ber-ibu pada seorang perempuan yang tidak menikah yang melahirkannya, sebagaimana juga seorang yang dilahirkan dari seorang ibu yang dalam hubungan perkawinan. Ini dianggap sebagai suatu hal yang biasa dan tidak tercela atau cacat seperti halnya di Minahasa, Ambon, dan Mentawai.¹⁰⁰

Tetapi dalam hal yang kedua, terdapat suatu sikap yang keras, mengutuk terhadap ibu yang melahirkan tanpa pernikahan dan anak tersebut, karena dibawa oleh pendirian yang magis *religious*, akan membawa celaka, sial dan sebagainya. Juga akan membawa malapetaka dan kerugian material yang sulit dikira-kira dan oleh karena itu kedua-duanya, ibu dan anak harus diasingkan dari masyarakat, harus dibunuh atau diserahkan kepada kepala Adat/Raja sebagai Budak. Berhubung dengan itu, baik dahulu maupun sekarang, diadakan suatu atau beberapa Lembaga, aturan, untuk mencegah supaya ibu dan anak jangan sampai tertimpa kemalangan. Patut disini disebut lembaga kawin paksa, yang dipaksakan kepada laki-laki yang ditunjuk oleh si perempuan sebagai orang yang menurunkan/membangkitkan anak yang masih dalam kandungannya, laki-laki itu dipaksa supaya kawin dengan perempuan itu oleh Rapat Marga di Sumatera Selatan, Hakim di Bali. Jika menolak untuk mengawininya, maka laki-laki itu dihukum/didenda. Sedang di Jawa, Kepala Desa dapat memaksakan suatu perkawinan, antara lain dengan jalan Kawin Darurat ialah suatu perkawinan dengan

⁹⁹ Bushar Muhammad, *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, cet.kelima, 1991, hal.31

¹⁰⁰ Ter Haar sebagaimana dikutip oleh Bushar Muhammad, *Ibid*,

siapa saja, biasanya Kepala Desa sendiri, supaya pada waktu melahirkan anak tersebut berada dalam status perkawinan. Nikah Tambelan di Jawa atau Pattongkok Siriq pada orang Bugis.¹⁰¹

Pada jaman sekarang, pembuangan keluar masyarakat sudah jarang sekali dilakukan. Di Nias, anak dan ibu itu tetap mendapat celaan yang sangat, walaupun dengan toleransi masyarakat dibiarkan; di Bali masih mungkin ada jalan dengan alasan tertentu mengesahkan anak itu dengan antara lain melakukan pembayaran Adat supaya boleh tinggal dalam masyarakat dan perhubungan semata-mata adalah dengan ibunya. Di Bali anak yang dilahirkan di luar nikah, adalah anak sah jika dibangkitkan di masa pertunangan. Di Minahasa, seorang anak yang dilahirkan di luar pernikahan, berbapak pada laki-laki yang menurunkannya. Untuk menghilangkan keraguan masyarakat terhadapnya, ia memberi suatu hadiah Adat yang disebut Lilikur. Jadi merupakan suatu tanda bahwa ada hubungan sah antara ayah dengan anak tersebut.

Dari sudut pandang hukum positif, perkawinan merupakan sebuah perikatan yang melahirkan hak dan kewajiban bagi para pihak yang melangsungkannya. Menimbulkan hak dan kewajiban yang bertimbal balik; kewajiban memelihara dan hak dipelihara. Di dalam UU Perkawinan pada Pasal 1 dinyatakan bahwa : "Perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa."

Dari pengertian tersebut dapat dilihat bahwa unsur-unsur religius memang tidak dapat dilepaskan dalam sebuah proses perkawinan, yaitu :

1. Adanya ikatan lahir bathin; unsur ini dapat diartikan bahwa hubungan yang dilakukan oleh pasangan mempelai ini adalah hubungan yang mengikat mereka berdua tidak saja berupa ikatan secara lahiriah, namun ikatan yang dilakukan adalah jauh lebih dalam yakni menyangkut suasana kebathinan dari

¹⁰¹ *Ibid*

pasangan mempelai tersebut, para orang tua kedua belah pihak, keluarga dan bahkan para leluhurnya.

2. Antara seorang pria dengan seorang wanita; unsur ini diartikan bahwa hubungan yang dilakukan didalam suatu ikatan perkawinan adalah hubungan yang dilakukan antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan, bukan hubungan yang sejenis. Di Indonesia berdasarkan pada peraturan perundang-undangan sampai saat ini tidak diperbolehkan melakukan hubungan yang sejenis antara laki-laki dengan laki-laki atau antara perempuan dengan perempuan.
3. Sebagai suami isteri; unsur ini artinya di dalam suatu ikatan perkawinan yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang perempuan tersebut adalah pihak laki-laki berkedudukan sebagai kepala rumah tangga dan pihak perempuan berkedudukan sebagai ibu rumah tangga.
4. Dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga); unsur ini diartikan bahwa tujuan dari melakukan ikatan didalam suatu lembaga perkawinan adalah untuk membentuk rumah tangga yang bertanggung jawab terhadap semua akibat yang timbul dari adanya perkawinan tersebut, baik itu terhadap anak-anak yang lahir maupun terhadap masyarakat, bangsa dan negara. Karena keluarga adalah merupakan bagian terkecil yang akan menyangga kehidupan berbangsa dan bernegara, bilamana keluarga ini sehat dan bahagia, maka negara akan menjadi tenteram dan kuat.
5. Yang bahagia dan kekal; unsur ini artinya bahwa didalam melakukan hubungan suami isteri yang terikat didalam suatu lembaga perkawinan haruslah dapat mewujudkan adanya hubungan yang kekal, bukan melakukan hubungan yang bersifat sementara yang hanya untuk menikmati kesenangan sesaat saja, melainkan wajib mewujudkan adanya hubungan yang harmonis sampai tua, dan hanya kematian yang dapat memisahkannya.
6. Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa; unsur ini mengandung makna bahwa hubungan yang dilakukan oleh seorang perempuan dengan seorang laki-laki di dalam suatu ikatan

perkawinan adalah hubungan yang dapat dipertanggung-jawabkan di hadapan Tuhan Yang Maha Esa sebagai pencipta alam semesta ini.

Oleh karena perkawinan mempunyai arti yang demikian pentingnya dan bahkan sangat sakral, maka pelaksanaannya senantiasa dimulai dan seterusnya disertai dengan berbagai-bagai upacara lengkap dengan sesajen-sesajen-nya. Hal ini barangkali dapat dinamakan takhyul, tetapi dalam kenyataannya sampai dengan sekarang hal-hal seperti itu masih sangat meresap pada kepercayaan sebagian besar rakyat Indonesia dan karenanya juga masih tetap dilakukan dimana-mana dan bahkan hampir disemua daerah di Indonesia yang masing-masing mempunyai ciri adat dan budaya yang berbeda-beda.

Kesakralan dari peristiwa perkawinan itu di dalam UU Perkawinan dapat dilihat dari ketentuan Pasal 2 ayat (1) yang menentukan; "Perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu".

Di Indonesia, kata agama memiliki dua arti, karena adanya dua kelompok yang memberikan masing-masing arti berbeda. *Pertama*, agama diartikan sebagai suatu kepercayaan kepada Tuhan serta dengan ajaran, kebaktian, dan kewajiban-kewajiban yang bertalian dengan kepercayaan itu, sejauh diakui oleh pemerintah Republik Indonesia. Sementara arti yang *kedua*, secara ilmiah agama diartikan sebagai suatu kepercayaan kepada Tuhan, Dewa, dan sebagainya, serta dengan ajaran, kebaktian, dan kewajiban-kewajiban yang bertalian dengan kepercayaan.¹⁰² Dalam hal ini agama mempunyai makna substantif dan formalitasnya dalam masyarakat Indonesia.

Dalam kebudayaan Indonesia asli yang berkuasa adalah nilai agama, nilai solidaritas, dan nilai seni. Di dalam alam semesta, manusia masih melihat adanya kekuatan-kekuatan gaib yang harus dikuasai dengan pelbagai macam upacara agama, yaitu dengan mendapat bantuan atau restu dari kekuatan roh

¹⁰² Y.van Passen, *"Kerjasama Antar Agama dan Prospeknya : Kasus Sulawesi Utara"*, Prisma 5, edisi 1978, hal.18

atau kekuatan baik untuk menjauhkan roh dan kekuatan jahat yang merugikan. Dalam hal ini masih sangat kuat diyakini adanya roh-roh tertentu turun ke tengah-tengah anak cucunya.¹⁰³

Dari konstruksi pengaturan perkawinan sebagaimana ketentuan pasal 2 UU Perkawinan, terlihat bahwa unsur agamawi demikian dominan dalam undang-undang ini. Perkawinan sebenarnya merupakan suatu hubungan antara seorang pria dengan seorang wanita yang masuk dalam bidang privat, tetapi karena hubungan itu dianggap penting dan menyangkut masalah ketertiban umum, maka Negara ikut campur didalam hal pencatatannya yang dilakukan dalam register umum yang ditangani suatu institusi khusus. Kalau perkawinan ini didalam banyak masyarakat diakui sebagai suatu yang sakral, dimana masalah agama juga terlibat, terbukti soal pendaftaran dan pencatatan perkawinan tersebut sangat penting. Bahkan karena pentingnya soal pencatatan perkawinan tersebut, Pasal 81 BW menyatakan bahwa : “Tiada suatu upacara keagamaan boleh dilakukan, sebelum kedua pihak kepada pejabat agama mereka membuktikan, bahwa perkawinan di hadapan pegawai catatan sipil telah berlangsung”.

Dari ketentuan tersebut dapat dilihat suatu bukti bahwa soal pencatatan perkawinan itu begitu *urgent*, sampai mengalahkan ajaran agama yang menganggap perkawinan itu sakral yang dibuktikan dengan upacara-upacara tertentu.

Hazairin dalam bukunya “Rejang” sebagaimana dikutip oleh Soerojo Wignjodipoero mengemukakan bahwa peristiwa perkawinan itu sebagai tiga buah rentetan perbuatan-perbuatan magis yang bertujuan menjamin ketenangan (“*koelte*”), kebahagiaan (“*welvaart*”) dan kesuburan (“*vruchtbaarheid*”).¹⁰⁴

Pendapat yang hampir sama juga dikemukakan oleh A. Van Genneep, seorang ahli sosiologi Perancis menamakan semua upacara-upacara itu “*rites de passage*” (yang artinya upacara-

¹⁰³ Sutan Takdir Alisahbana, “Pembangunan Kebudayaan Indonesia di Tengah Laju Teknologi dan Ilmu Pengetahuan”, Prisma 1981, nomor 1, hal.20

¹⁰⁴ *Ibid.*

upacara peralihan). Upacara-upacara peralihan yang melambangkan peralihan atau perubahan status dari mempelai berdua; dari tadinya hidup terpisah, setelah melampaui upacara-upacara dimaksud menjadi hidup bersatu dalam suatu kehidupan bersama sebagai suami-istri; semula mereka masing-masing merupakan seorang warga keluarga orang tua mereka masing-masing, setelah melampaui upacara-upacara yang bersangkutan mereka berdua merupakan keluarga sendiri, suatu keluarga baru yang berdiri sendiri dan mereka pimpin sendiri.

“*Rites de passage*” ini menurut A.van Gennep terdiri dari atas tiga stadia, yaitu:

- a. *Rites de separation* (upacara perpisahan dari status).
- b. *Rites de marge* (upacara perjalanan ke status yang baru);
- c. *Rites d,aggregation* (upacara penerimaan dalam status yang baru).

Tiap-tiap *stadia* ini dalam kenyataannya sudah merupakan rangkaian upacara-upacara tersendiri. Hubungan suami istri setelah perkawinan bukanlah merupakan suatu hubungan perikatan yang berdasarkan perjanjian atau kontrak, tetapi merupakan suatu peguyuban, yang oleh Djojodiguno peguyuban ini sebagaimana dikutip oleh Soerojo Wignjodipoero dikatakan bahwa peguyuban hidup yang menjadi pokok ajang hidup suami isteri selanjutnya beserta anak-anaknya. Peguyuban tersebut lazimnya disebut *somah* (istilah Jawa artinya keluarga) dan dalam *somah* itu hubungan antara suami-isteri itu adalah sedemikian rupa rapatnya, sehingga dalam pandangan orang Jawa mereka berdua itu merupakan satu ketunggalan.¹⁰⁵ Corak keagamaan masyarakat Indonesia asli tetap berlangsung hingga sekarang, meskipun ada beberapa perubahan karena adanya perkembangan ekonomi global.

Bangsa Indonesia sebagai suatu bangsa dalam membangun sumberdaya manusia dan mengurus rumah tangganya harus mampu membentuk dan membina suatu tata penghidupan serta

¹⁰⁵ *Ibid*, hal.123

kepribadiannya. Usaha ini merupakan suatu usaha yang terus-menerus dari generasi-kegenerasi. Bagi bangsa Indonesia Pancasila merupakan pandangan hidup dan dasar tata masyarakat. Karena itu, usaha-usaha untuk memelihara, membina, dan meningkatkan kesejahteraan anak haruslah didasarkan falsafah Pancasila dengan maksud untuk menjamin kelangsungan hidup dan kepribadian bangsa.

Upaya perlindungan terhadap anak perlu dilaksanakan sedini mungkin, yakni sejak calon mempelai akan melangsungkan perkawinan, sehingga anak yang akan dikandung sampai lahir, tumbuh dan berkembang sampai dewasa adalah anak-anak yang berkualitas baik secara mental maupun secara spiritual. Idealnya perlindungan terhadap anak memang demikian. Bertitik tolak dari konsep perlindungan terhadap anak yang utuh, menyeluruh, dan komprehensif, pembangunan sumberdaya manusia ini meletakkan kewajiban memberikan perlindungan kepada anak berdasarkan asas-asas sebagai berikut :

- a. Nondiskriminasi;
- b. Kepentingan yang terbaik bagi anak;
- c. Hak hidup, kelangsungan hidup, dan perkembangan; dan
- d. Penghargaan terhadap anak.¹⁰⁶

2.2 Syarat Keabsahan Perkawinan.

Di dalam Pasal 1 UU Perkawinan disebutkan bahwa “perkawinan ialah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan membentuk rumah tangga (keluarga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.” Jadi menurut perundangan-undangan, perkawinan itu ialah ikatan lahir antara seorang pria dengan seorang wanita, berarti perkawinan sama dengan perikatan (*verbintennis*). Dalam hal ini marilah kita lihat kembali pada Pasal 26 KUH.Perdata.

¹⁰⁶ Budiman Al Hanif, *Membangun Keluarga Sakinah Meneladani Keharmonisan Keluarga Rasulullah*, Cakrawala Publising, 2009, hal.29

Menurut Pasal 26 KUH.Perdata dikatakan, Undang-undang memandang soal perkawinan hanya dalam hubungan perdata, dan dalam Pasal 81 KUH.Perdata dikatakan bahwa tidak ada upacara keagamaan yang boleh diselenggarakan, sebelum kedua pihak membuktikan kepada pejabat agama mereka, bahwa perkawinan di hadapan pegawai pencatatan sipil telah berlangsung. Pasal 81 KUH.Perdata ini diperkuat pula oleh Pasal 530 ayat (1) KUHP yang menyatakan : “seorang petugas agama yang melakukan upacara perkawinan, yang hanya dapat dilangsungkan di hadapan pejabat catatan sipil, sebelum dinyatakan kepadanya bahwa pelaksanaan di hadapan pejabat itu sudah dilakukan, diancam dengan pidana denda paling banyak empat ribu lima ratus rupiah”.

Kalimat yang hanya dapat dilangsungkan di hadapan pejabat catatan sipil tersebut menunjukkan bahwa peraturan ini tidak berlaku bagi mereka yang berlaku hukum Islam, Hukum Hindu-Budha dan atau Hukum Adat, yaitu orang-orang yang dahulu disebut pribumi (*Indlander*) dan Timur Asing (*vreemde Oosterlingen*) tertentu, diluar orang Cina.

Selain kesimpangsiuran peraturan perkawinan yang berlaku di zaman Hindia Belanda itu, jelas bahwa menurut perundangan yang tegas dinyatakan dalam KUH.Perdata (BW), perkawinan itu hanya dilihat dari segi keperdataan dan mengabaikan segi keagamaan. Hal mana jelas bertentangan dengan falsafah Negara Pancasila yang menempatkan ajaran Ketuhanan Yang Maha Esa di atas segala-galanya. Apalagi menyangkut masalah Perkawinan yang merupakan perbuatan suci (sakramen) yang mempunyai hubungan erat sekali dengan agama/kerohanian, sehingga perkawinan bukan saja mempunyai unsur lahir/jasmani, tetapi juga unsur bathin/rohani mempunyai peranan yang penting.

Dengan demikian jelas nampak perbedaan pengertian tentang perkawinan menurut KUH.Perdata dan menurut UU Perkawinan. Perkawinan menurut KUH.Perdata hanya sebagai perikatan perdata sebagaimana ditentukan didalam Pasal 26, sedangkan perkawinan menurut UU Perkawinan tidak hanya sebagai ikatan perdata tetapi juga merupakan “perikatan

keagamaan”, hal mana dapat dilihat dari tujuan perkawinan yang dikemukakan dalam Pasal 1 UU Perkawinan bahwa perkawinan itu bertujuan untuk membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Kalimat itu tidak ada sama sekali dalam KUH.Perdata (BW).¹⁰⁷

Menurut Hukum Adat, pada umumnya di Indonesia perkawinan itu bukan saja berarti sebagai “perikatan perdata”, tetapi juga merupakan “perikatan adat” dan sekaligus merupakan “perikatan kekerabatan dan ketetanggaan”, jadi terjadinya suatu ikatan perkawinan bukan semata-mata membawa akibat terhadap hubungan-hubungan keperdataan, seperti hak dan kewajiban suami-isteri, harta bersama, kedudukan anak, hak dan kewajiban orang tua, tetapi juga menyangkut hubungan-hubungan adat istiadat kewarisan, kekeluargaan, kekerabatan dan ketetanggaan serta menyangkut upacara-upacara adat dan keagamaan. Begitu juga menyangkut kewajiban mentaati perintah dan larangan keagamaan, baik dalam hubungan manusia sesama manusia (mu’amalah) dalam pergaulan hidup agar selamat di dunia dan selamat di akhirat.

Perkawinan dalam arti “perikatan Adat”, ialah perkawinan yang mempunyai akibat hukum terhadap hukum adat yang berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Akibat hukum ini telah ada sejak sebelum perkawinan terjadi, yaitu misalnya dengan adanya hubungan pelamaran yang merupakan “rasan sanak” (hubungan anak-anak), bujang gadis dan rasan tuha (hubungan antara orang tua keluarga dari para calon suami isteri).¹⁰⁸ Setelah terjadinya ikatan perkawinan maka timbul hak-hak dan kewajiban-kewajiban orang tua (termasuk anggota keluarga/kerabat) menurut hukum adat setempat, yaitu dalam pelaksanaan upacara adat dan selanjutnya dalam peran serta membina dan memelihara kerukunan, keutuhan dan kelang-

¹⁰⁷ H.Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*, Mandar Maju, Bandung, 2003, hal.8

¹⁰⁸ *Ibid*, hal.9

gengan dari kehidupan anak-anak mereka yang terikat dalam perkawinan.

Pada umumnya menurut hukum agama, perkawinan adalah perbuatan suci (sakramen, samskara), yaitu suatu perikatan antara dua pihak dalam memenuhi perintah dan anjuran Tuhan Yang Maha Esa, agar kehidupan berkeluarga dan berumah tangga serta berkerabat tetangga berjalan dengan baik sesuai dengan ajaran agama masing-masing. Jadi perkawinan dilihat dari segi keagamaan adalah suatu “perikatan jasmani dan rohani” yang membawa akibat hukum terhadap agama yang dianut kedua calon mempelai beserta keluarga kerabatnya. Hukum agama telah menetapkan kedudukan manusia dengan iman dan taqwanya, apa yang seharusnya dilakukan dan apa yang tidak seharusnya dilakukan (dilarang). Oleh karenanya pada dasarnya setiap agama tidak dapat membenarkan perkawinan yang berlangsung tidak seagama.

Jadi perkawinan dalam arti “ikatan jasmani dan rohani” berarti suatu ikatan untuk mewujudkan kehidupan yang selamat bukan saja di dunia tetapi juga di akhirat, bukan saja lahiriah tetapi juga bathiniah, bukan saja gerak langkah yang sama dalam berdo’a. Sehingga kehidupan dalam keluarga rumah tangga itu rukun dan damai, dikarenakan suami dan isteri serta anggota keluarga berjalan seiring bersama pada arah dan tujuan yang sama. Jika perjalanan hidup berumah tangga sejak semula sudah berbeda arah kerokhanian walupun dalam arah kebendaan sama, maka kerukunan duniawi akan datang masanya terancam keluluhan. Oleh karenanya rumah tangga yang baik hendaknya sejak semula sudah dalam satu bahtera hidup yang sama lahir dan batin.¹⁰⁹

Berbicara mengenai keabsahan perkawinan, maka ada baiknya dilihat terlebih dahulu arti dari kata sah tersebut. Kata sah berarti menurut hukum yang berlaku, kalau perkawinan itu dilaksanakan tidak menurut tata-tertib hukum yang telah ditentukan maka perkawinan itu tidak sah. Jadi kalau tidak menurut UU Perkawinan berarti tidak sah menurut perundangan,

¹⁰⁹ *Ibid*, hal.11

kalau tidak menurut hukum agama berarti tidak sah menurut agama, begitu pula kalau tidak menurut tata-tertib hukum adat berarti tidak sah menurut hukum adat.

H.Hilman Hadikusuma lebih lanjut menyatakan bahwa sahnya suatu perkawinan dapat dilihat dari tiga sudut pandang, yaitu :

- a. Sahnya perkawinan menurut perundangan;
- b. Sahnya perkawinan menurut Hukum Adat; dan
- c. Sahnya perkawinan menurut hukum agama.¹¹⁰

Ad.a. Sahnya perkawinan menurut perundangan.

Sahnya perkawinan menurut perundangan diatur dalam Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan, "Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu." Jadi perkawinan yang sah menurut hukum perkawinan nasional adalah perkawinan yang dilaksanakan menurut tata-tertib aturan hukum yang berlaku dalam agama, Kristen/Katolik, Hindu/Budha. Kata hukum masing-masing agamanya berarti hukum dari salah satu agama itu masing-masing, bukan berarti hukum agamanya masing-masing, yaitu hukum agama yang dianut oleh kedua mempelai dan keluarganya.

Dalam hal terjadi perkawinan antara agama, adalah perkawinan yang dilakukan menurut tata-tertib aturan salah satu agama, agama calon suami atau agama calon istri, bukan perkawinan yang dilaksanakan oleh setiap agama yang dianut kedua calon suami isteri dan atau keluarganya. Jika perkawinan telah dilaksanakan menurut hukum Islam, kemudian dilakukan lagi perkawinan menurut hukum Kristen dan atau hukum Hindu/Budha, maka perkawinan itu menjadi tidak sah, demikian sebaliknya.

¹¹⁰ *Ibid*, hal.26

Ad.b. Sahnya perkawinan menurut hukum Adat.

Sahnya perkawinan menurut hukum adat bagi masyarakat hukum adat di Indonesia pada umumnya bagi penganut agama tergantung pada agama yang dianut masyarakat adat bersangkutan. Maksudnya jika telah dilaksanakan menurut tata-tertib hukum agamanya, maka perkawinan itu sudah sah menurut hukum adat. Kecuali bagi mereka yang belum menganut agama yang diakui pemerintah, seperti halnya mereka yang masih menganut kepercayaan agama lama (kuno) seperti "sipelebegu" (pemuja roh) di kalangan orang batak atau agama keharingan di kalangan orang-orang Dayak Kalimantan Tengah dan lainnya, maka perkawinan yang dilakukan menurut tata-tertib adat/agama mereka itu adalah sah menurut adat setempat.

Di dalam hukum adat Bali dikenal adanya dua bentuk perkawinan, yaitu : *Pertama*, bentuk biasa, yaitu si laki-laki berkedudukan selaku *purusa*. Dalam perkawinan seperti ini, si laki laki mengawini wanita dengan menarik wanita itu masuk kerumpun keluarga laki-laki. Konsekuensi yuridisnya adalah bahwa si wanita itu akan tunduk kepada hukum kewarisan yang lazim berlaku untuk laki-laki itu. Di sini wanita berkedudukan sebagai *predana*. *Kedua*, bentuk *Nyeburin*, yaitu si wanita berkedudukan selaku *Purusa*. Dalam perkawinan seperti ini, si wanita mengawini si laki dengan menarik laki-laki itu ke rumpun keluarganya. Konsekuensi yuridisnya adalah bahwa si laki itu akan tunduk kepada kewajiban yuridis dan imateriil keluarga wanita. Disini si wanita menjadi berkedudukan sebagai laki-laki, sedangkan si laki akan berkedudukan sebagai wanita. Bagi si wanita akan berlaku hukum kewarisan yang lazim berlaku untuk laki-laki di keluarga itu. Sedangkan bagi laki-laki yang *nyeburin*, kedudukannya dalam pewarisan adalah sebagai wanita.¹¹¹

¹¹¹ Artadi I Ketut, *Hukum Adat Bali Dengan Aneka Masalahnya Dilengkapi Yurisprudensi*, Setia Kawan, Denpasar, 1980, hal.143

Ad.c. Sahnya perkawinan menurut hukum agama.

Tata cara perkawinan pada umumnya sudah meresepsi peraturan perkawinan berdasarkan hukum agama. Sesuai dengan UU Perkawinan telah menetapkan suatu perkawinan sah. Ada dua pengertian keabsahan perkawinan dalam UU Perkawinan, yaitu perkawinan sah secara formal, sesuai dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan sah menurut agama. Sesuai dengan ketentuan ini perkawinan sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, yakni antara lain :

- a. Agama Islam, dilakukan dengan Ijab Kabul antara bapak/wali mempelai wanita dan pria dengan disaksikan oleh dua orang saksi;
- b. Agama Kristen/Khatolik, mempelai pria dan wanita mengucapkan perjanjian perkawinan di hadapan pendeta/pastor yang memberkati mereka. Menurut agama Khatolik perkawinan adalah sakramen perkawinan;
- c. Agama Budha, mempelai wanita dan pria mengucapkan perjanjian mereka di Vihara di depan altar suci Sang Budha/Bodisatwa dan diberkati oleh pendeta;
- d. Agama Hindu, mempelai pria dan wanita melakukan upacara di Natar atau di muka Sanggah/Merajan dengan upacara pemberkatan oleh Pedanda /Pendeta.

Menurut hukum Islam yang pada umumnya berlaku di Indonesia perkawinan yang sah adalah perkawinan yang dilaksanakan di tempat kediaman mempelai, di Mesjid ataupun di kantor agama, dengan Ijab dan Kabul dalam bentuk akad nikah. Ijab adalah ucapan “menikahkan” dari wali calon isteri dan Kabul adalah kata “penerimaan” dari calon suami. Ucapan Ijab dan Kabul dari kedua pihak harus terdengar di hadapan mejelis dan jelas didengar oleh dua orang yang bertugas sebagai saksi akad nikah. Jadi sahnya perkawinan menurut hukum Islam adalah diucapkannya Ijab dari wali perempuan dan Kabul dari calon suami pada saat yang sama di dalam suatu majelis akad nikah yang disaksikan oleh dua orang saksi yang sah.

Tetapi tidak cukup perkawinan itu dilaksanakan sesuai dengan ketentuan Pasal 2 Ayat (1) saja melainkan perkawinan itu harus dicatatkan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 2 ayat (2) yang menentukan : “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”

Dilihat dari konstruksi pengaturan Pasal 2 UU Perkawinan, menunjukkan bahwa masalah agama menjadi sangat dominan dalam perihal perkawinan, karena sahnya perkawinan ditentukan salah satu syaratnya harus dilangsungkan berdasarkan hukum agama. Dari sini kelihatan bahwa unsur agama begitu pentingnya, dan ini ditegaskan juga oleh Abdurrahman dan Riduan Syahrani dalam salah satu bukunya : pengertian Perkawinan menurut UU No. 1 /1974 bukan hanya sekedar sebagai suatu perbuatan hukum saja, akan tetapi juga merupakan suatu perbuatan keagamaan.¹¹²

Bertolak dari pandangan tersebut, jelas sekali sakralnya perkawinan dari segi agama, berdasarkan pada ketentuan Pasal 2 UU Perkawinan, disatukan dengan urusan administrasi, yaitu soal pencatatannya urusan agama dan urusan administrasi, dalam hal perkawinan, dijadikan satu kesatuan yang tidak boleh dipisahkan. Ini penting karena suatu undang-undang jelas merupakan suatu kesatuan, kalau di pecah-pecah menjadi pasal-pasal, kemudian bisa saja selanjutnya dipecah lagi menjadi ayat.

Berdasarkan itu maka kalau Pasal 2 UU Perkawinan terdiri dari 2 ayat, maka keduanya itu tetap merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan. Maksudnya, suatu perkawinan sah kalau sudah diselenggarakan berdasarkan hukum agama, untuk selanjutnya dicatat sesuai aturan yang berlaku, sehingga tercipta adanya suatu kepastian hukum.

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan perundang-undangan dibuat dan diundangkan secara pasti, karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multitafsir), dan logis dalam artian menjadi suatu system norma dengan norma lain, sehingga

¹¹² Abdrrahman, dan Riduan Syahrani, *Masalah-Masalah Hukum Perkawinan Di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1978, hal. 9

tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian peraturan perundang-undangan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma, atau distorsi norma.

Terkait dengan keabsahan suatu perkawinan, akan sangat relevan dalam menganalisis dengan menggunakan teori kepastian hukum yang dikemukakan oleh Gustav Radbruch, dimana menurut beliau terdapat dua macam kepastian hukum, yaitu : Kepastian hukum oleh karena hukum, dan kepastian hukum dalam atau dari hukum. "Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian hukum dalam masyarakat adalah hukum yang berguna". Kepastian hukum oleh karena hukum memberi dua tugas hukum yang lain, yaitu menjamin keadilan hukum serta hukum harus tetap berguna. Sedangkan kepastian hukum dalam hukum tercapai apabila hukum tersebut sebanyak-banyaknya undang-undang. Dalam undang-undang tersebut tidak terdapat ketentuan-ketentuan yang bertentangan (undang-undang berdasarkan suatu system yang logis dan praktis). Undang-undang dibuat berdasarkan *rechtswerkelijkheid* (keadaan hukum yang sungguh-sungguh) dan dalam undang-undang tersebut tidak terdapat istilah-istilah yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.¹¹³

Pandangan lain mengenai kepastian hukum ini dikemukakan oleh Peter Machmud Marzuki, dimana beliau menyatakan:

Bahwa kepastian hukum mengandung dua pengertian, yaitu pertama adanya aturan yang bersifat umum membuat individu mengetahui perbuatan apa yang boleh atau tidak boleh dilakukan, dan kedua berupa keamanan hukum bagi individu dari kesewenangan pemerintah karena dengan adanya aturan yang bersifat umum itu individu dapat mengetahui apa saja yang boleh dibebankan atau dilakukan oleh Negara terhadap individu. Kepastian hukum bukan hanya

¹¹³ Soetanto Soepiadhya, *Kepastian Hukum*, Surabaya Pagi, Rabu Pon, 4 April 2012.

berupa pasal-pasal dalam undang-undang, melainkan juga adanya konsistensi dalam putusan hakim antara putusan yang satu dengan putusan hakim yang lainnya untuk kasus yang telah diputuskan.¹¹⁴

Kepastian Hukum Menurut Soedikno Mertokusumo, merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum. Dalam hal ini Soedikno Mertokusumo mengartikan kepastian hukum merupakan: “Perlindungan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu”.¹¹⁵

Kepastian hukum tidak selalu mempersoalkan hubungan hukum antara warganegara dengan Negara, atau semata-mata berkaitan dengan Negara, karena esensi dari kepastian hukum adalah masalah perlindungan dari tindakan kesewenang-wenangan. Aktor-aktor yang dapat melakukan kesewenang-wenangan, tidak terbatas pada Negara saja tetapi juga oleh sekelompok pihak lain selain Negara.¹¹⁶

Kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara dari kekuasaan yang sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggungjawab pada negara untuk menjalankannya. Dalam hal ini nampak terlihat relasi antara persoalan kepastian hukum dengan Negara.¹¹⁷

Bachsan Mustafa, mengungkapkan bahwa kepastian hukum itu mempunyai tiga arti, yaitu: “Pertama, pasti mengenai peraturan hukumnya yang mengatur masalah pemerintah tertentu yang abstrak. Kedua, pasti mengenai kedudukan hukum

¹¹⁴ Peter Machmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2008, hal.158.

¹¹⁵ Soedikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 1999, hal.145

¹¹⁶ E Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2007, hal.94

¹¹⁷ *Ibid*, hal.94-95

dari subjek dan objek hukumnya dalam pelaksanaan peraturan peraturan hukum administrasi negara. Ketiga mencegah kemungkinan timbulnya perbuatan sewenang-wenang (*eigen-rechting*) dari pihak manapun, juga tidak dari pemerintah.¹¹⁸

Dalam rangka menciptakan dan menjaga kepastian hukum, peran pemerintah dan pengadilan sangat penting. Pemerintah tidak boleh menerbitkan aturan pelaksanaan yang tidak diatur oleh undang-undang atau bertentangan dengan undang-undang. Apabila hal itu terjadi, pengadilan harus menyatakan bahwa peraturan demikian batal demi hukum, artinya dianggap tidak pernah ada sehingga akibat yang terjadi karena adanya peraturan itu harus dipulihkan seperti sedia kala. Akan tetapi, apabila pemerintah tetap tidak mau mencabut aturan yang telah dinyatakan batal itu, hal ini akan berubah menjadi masalah politik antara pemerintah dan pembentuk undang-undang. Yang lebih parah lagi apabila lembaga perwakilan rakyat sebagai pembentuk undang-undang tidak mempersoalkan keengganan pemerintah mencabut aturan yang dinyatakan batal oleh pengadilan tersebut, sudah barang tentu hal semacam itu tidak memberikan kepastian hukum dan akibatnya hukum tidak mempunyai daya prediktibilitas.¹¹⁹

Terkait dengan keabsahan perkawinan, bagi yang beragama Islam, demi terciptanya kepastian hukum sahnya suatu ikatan perkawinan, rukun dan syarat perkawinan dalam hukum Islam merupakan hal penting demi terwujudnya suatu ikatan perkawinan antara seorang lelaki dengan seorang perempuan. Rukun perkawinan merupakan faktor penentu bagi sahnya atau tidak sahnya suatu perkawinan. Perkawinan itu dicatatkan di kantor Urusan Agama (KUA), sedangkan yang beragama non Islam, perkawinan itu wajib dicatatkan di Kantor Catatan Sipil. Pencatatan itu berkaitan dengan keabsahan perkawinan dalam hukum administrasi, yang berfungsi sebagai alat pembuktian dalam hukum privat formal.

¹¹⁸ Bachsan Mustafa, *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001, hal.53

¹¹⁹ Peter Machmud Marzuki, *Op.Cit*, hal.159-160

Administrasi atau dalam hal ini pencatatan perkawinan diberlakukan hampir semua Negara muslim di dunia, meskipun berbeda satu sama lain dalam penekanannya.¹²⁰ Melalui proses pendaftaran/pencatatan inilah, suatu perkawinan yang dilakukan oleh pasangan suami istri dapat dibuktikan bahwa terbukti perkawinan tersebut memang benar-benar ada, sehingga terwujud adanya kepastian hukum bagi anak-anak yang terlahir dari ikatan perkawinan tersebut, karena anak-anak tersebut dapat membuktikan kedudukan dirinya dengan mudah di hadapan hukum maupun didalam lingkungan masyarakat sebagai anak sah dari orang tuanya sebagai pasangan suami isteri yang sah. Menurut Khoiruddin Nasution sebagaimana dikutip oleh Ahmad Thorlabi Kharlie menyatakan bahwa aturan pencatatan perkawinan di Negara-negara muslim dapat dibagi menjadi tiga kelompok, yaitu : *Pertama*, kelompok Negara yang mengharuskan pencatatan dan memberikan sanksi (akibat hukum) bagi mereka yang melanggar, seperti halnya di Brunei Darussalam, Singapura, Iran, India, Pakistan, Yordania, dan Republik Yaman; *Kedua*, kelompok Negara-negara yang menjadikan pencatatan hanya sebagai syarat administrasi dan tidak memberlakukan sanksi atau denda bagi yang melanggar, seperti Filipina, Lebanon, Maroko, dan Libya. *Ketiga*, kelompok Negara yang mengharuskan pencatatan tetapi tetap mengakui adanya perkawinan yang dicatatkan. Hal ini hanya terjadi di Syiria.¹²¹

Bagi Bangsa Indonesia pada umumnya, perkawinan yang dilakukan menurut agama dan catatan sipil saja tidak cukup, melainkan juga harus dilakukan berdasarkan hukum adat, yaitu keabsahan perkawinan menurut masyarakat adat sesuai dengan adat istiadat, di berbagai daerah tidak sama. Karena itu dalam pelaksanaannya disesuaikan dengan adat masing-masing atau berkaitan dengan susunan masyarakat hukum adat yang bersangkutan.¹²² Biasanya perkawinan yang demikian itu

¹²⁰ Ahmad Thorlabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hal.182.

¹²¹ Khoiruddin Nasution Dalam Ahmad Thorlabi Kharlie, *Ibid*, hal.182

¹²² Djamanat Samosir, *Hukum Adat Indonesia Eksistensi Dalam Dinamika Perkembangan Hukum di Indonesia*, Nuansa Aulia, Bandung, 2013, hal.292

ditandai dengan prosesi dari rumah pengantin perempuan ke rumah pengantin laki-laki, setelah dilakukan upacara seserahan, maka secara bersama-sama kedua belah pihak melakukan ijab kabul (islam) dan pemberkatan (non islam), kemudian dilanjutkan dengan acara resepsi. Di Masyarakat Batak setelah acara pemberkatan dari gereja dilanjutkan dengan acara memberikan dan menerima adat di tempat yang disepakati sebelumnya.

Syarat-syarat sahnya perkawinan menurut KUH.Perdata, yakni:

- a. Berasaskan monogami, diatur dalam Pasal 27 KUH.Perdata yang menentukan bahwa: "Dalam waktu yang sama seorang laki hanya diperbolehkan mempunyai satu orang perempuan sebagai istrinya, seorang perempuan hanya satu orang laki sebagai suaminya".
- b. Harus ada kata sepakat dan kemauan bebas antara si pria dan wanita Pasal 28 KUH.Perdata); yang menentukan bahwa: "Asas perkawinan menghendaki adanya kebebasan kata sepakat antara kedua calon suami isteri."
- c. Seorang pria sudah berumur 18 tahun dan wanita berumur 15 tahun seperti yang diatur di dalam ketentuan pasal 29 KUH.Perdata; yang menentukan bahwa :
"Seorang jejak yang belum mencapai umur genap delapan belas tahun, seperti pun seorang gadis yang belum mencapai umur genap lima belas tahun, tak diperbolehkan mengikat dirinya dalam perkawinan. Sementara itu, dalam hal adanya alasan-alasan yang penting, Presiden berkuasa meniadakan larangan ini dengan memberikan dispensasi."
- d. Ada masa tunggu bagi seorang wanita yang bercerai yaitu 300 hari sejak perkawinan terakhir bubar , hal mana diatur di dalam ketentuan pasal 34 KUH.Perdata yang menentukan bahwa : "Seorang perempuan tak diperbolehkan kawin lagi, melainkan setelah lewat waktu tiga ratus hari semenjak perkawinan terakhir dibubarkan."
- e. Anak-anak yang belum dewasa harus mendapat izin kawin dari kedua orang tua mereka (Pasal 35 KUH.Perdata); yang menyatakan : "Untuk mengikat diri dalam perkawinan, anak-

anak kawin yang belum dewasa harus memperoleh izin dari kedua orang tua mereka.”

- f. Tidak terkena larangan kawin (sebagaimana diatur dalam pasal 30-33 KUH.Perdata).yang menyatakan sebagai berikut:

Pasal 30 KUH.Perdata:

“Perkawinan dilarang antara mereka, yang mana yang satu dengan yang lain bertalian keluarga dalam garis lurus ke atas dan ke bawah, baik karena kelahiran yang sah, maupun tak sah, atau karena perkawinan; dan dalam garis menyimpang, antara saudara laki dan saudara perempuan, sah atau tidak sah.”

Pasal 31 KUH.Perdata menentukan :

“Perkawinan dilarang juga :

- 1.e. Antara ipar laki-laki dan ipar perempuan, karena perkawinan sah atau tak sah, kecuali si suami atau si isteri yang mengakibatkan periparan itu telah meninggal dunia atau, jika karena keadaan tak hadirnya si suami atau si isteri, kepada isteri atau suami yang ditinggalkannya, oleh hakim diizinkan untuk kawin dengan orang lain.
- 2.e. Antara paman atau paman orang tua dan anak perempuan saudara atau cucu perempuan saudara, seperti pun antara bibi atau bibi orang tua dan anak laki saudara atau cucu laki saudara, yang sah atau tak sah.

Dalam hal adanya alasan-alasan yang penting, Presiden berkuasa meniadakan larangan termuat dalam pasal ini dengan memberikan dispensasi.”

Pasal 32 KUH.Perdata menentukan : “Barang siapa dengan putusan hakim telah dinyatakan salah karena berzinah, sekali-kali tak diperbolehkan kawin dengan kawan berzinahnya.”

Pasal 33 KUH.Perdata menentukan :

“Antara mereka, yang perkawinannya telah dibubarkan sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam pasal 199, 3 e atau 4 e tak diperbolehkan untuk kedua kalinya diadakan perkawinan, melainkan setelah lewat waktu satu tahun, semenjak pembubaran perkawinan mereka yang terakhir dibukukan dalam register-register catatan sipil”.

Bertolak dari uraian di atas, maka dapat ditegaskan bahwa untuk sahnya suatu perkawinan itu dapat dilihat dari tiga sudut pandang, yaitu sahnya perkawinan menurut peraturan perundang-undangan, sahnya perkawinan menurut hukum agama, dan sahnya perkawinan menurut hukum adat.

2.3 Kedudukan Kawin Siri.

Kaum laki-laki sesuai dengan fitrahnya sebagai pemimpin atas wanita, mereka mempunyai kelebihan-kelebihan dibanding wanita untuk masalah-masalah tertentu, walaupun pada dasarnya manusia di dunia mempunyai kedudukan sederajat mempunyai harkat dan martabat sama, begitu pula laki-laki dengan perempuan. Pada umumnya laki-laki mempunyai sifat tidak puas dengan apa yang ada, ia selalu kurang, selalu berusaha mengadakan perubahan-perubahan dan sering pula dilanda kejenuhan.

Sesuai dengan sikapnya yang tidak puas dengan apa yang ada, apa yang telah diperolehnya, maka dalam kehidupan seksualnya-pun laki-laki biasanya bersikap menguasai. Ia tidak atau kurang puas dengan pasangan atau isteri yang ada, timbul rasa jenuh atau jemu terhadap isterinya atau pasangannya dan dengan sifat yang selalu kurang itu pula ia selalu menginginkan pola-pola baru dalam kehidupan seksual, dengan menjalin hubungan dengan wanita idaman lain, dan tidak tertutup kemungkinan untuk mengikat diri dalam suatu perkawinan yang dirahasiakan (perkawinan siri).

Perkawinan merupakan kata yang merujuk pada hal-hal yang terkait dengan sebuah ikatan atau hubungan pernikahan.

Pengertian istilah perkawinan lebih luas dari istilah pernikahan. Jika pernikahan merujuk pada sebuah ikatan yang dilakukan atau dibuat oleh pihak suami dan isteri untuk hidup bersama, dan atau merujuk pada sebuah proses dari ikatan tersebut, perkawinan merujuk pada hal-hal yang muncul terkait dengan proses, pelaksanaan dan akibat dari pernikahan.¹²³

Dengan demikian, perkawinan mencakup bukan saja syarat dan rukun pernikahan dan bagaimana pernikahan harus dilakukan, tetapi juga masalah hak dan kewajiban suami isteri, nafkah, perceraian, pengasuhan anak, perwalian, dan lain-lain.¹²⁴

Beranjak dari perbedaan pengertian dari kedua istilah tersebut, UU No.1 tahun 1974 disebut dengan UU Perkawinan bukan UU Pernikahan, karena UU Perkawinan tersebut mencakup banyak hal seperti hak dan kewajiban suami isteri, nafkah, pengasuhan anak, perwalian dan juga mengenai perceraian.

Perkawinan adalah sebuah ikatan yang sah dan suci antara dua insan manusia lain jenis yang dapat membentuk sebuah keluarga yang berlandaskan pada kasih dan sayang. Keluarga adalah bagian terkecil dari masyarakat yang membentuk sebuah Negara yang luas. Keluarga adalah sel hidup utama yang membentuk organ tubuh masyarakat. Jika keluarga baik, masyarakat secara keseluruhan akan ikut menjadi baik dan jika keluarga rusak, maka masyarakat-pun akan ikut rusak. Bahkan seperti yang dikemukakan oleh Mahmud Muhammad al-Jauhari mengatakan bahwa : “keluarga adalah miniatur umat yang menjadi sekolah pertama bagi manusia dalam mempelajari etika sosial yang terbaik. Tidak ada umat tanpa keluarga, bahkan tidak ada masyarakat humanisme tanpa keluarga”.¹²⁵

¹²³ Asep Saepudin Jahar, Euis Nurlaelawati, Jaenal Aripin, *Hukum Keluarga, Pidana & Bisnis Kajian Perundang-undangan Indonesia Fikih Dan Hukum Internasional*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2013, hal.24.

¹²⁴ *Ibid*

¹²⁵ Mahmud Muhammad al-Jauhari Dalam Mukhtaruddin Bahrum, *Legalisasi Nikah Sirri Melalui Isbat Nikah Menurut Kompilasi Hukum Islam*, Jurnal Diskursus Islam , Vo.1, Nomor 2, Agustus 2013 hal.211

Pernikahan memiliki syarat dan rukun yang mesti dipenuhi. Salah satu yang diperdebatkan dalam syarat dan rukunnya adalah pencatatan pernikahan. Apakah pencatatan tersebut termasuk syarat atau rukun. Hal ini menjadi perdebatan, karena tidak adanya nas yang secara tegas dalam al-Qur'an dan hadis mewajibkan hal tersebut, dan karena itulah fikih klasik tidak mengenal adanya pencatatan perkawinan.¹²⁶

Dewasa ini, pernikahan yang tidak dicatat lazimnya disebut nikah siri. Pernikahan yang tidak tercatat atau tidak dicatatkan tidak berakibat hukum dan memiliki pengakuan hukum. Pencatatan perkawinan bertujuan untuk mewujudkan ketertiban perkawinan dalam masyarakat. Hal ini merupakan suatu upaya yang diatur melalui perundang-undangan dengan tujuan untuk melindungi martabat dan kesucian perkawinan, dan lebih khusus lagi melindungi perempuan dalam kehidupan rumah tangga. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya dalam peristiwa kelahiran, maupun kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, dan atau dalam suatu akta yang juga dimuat dalam daftar pencatatan.

Fenomena perkawinan siri tidak bisa dilepaskan dari perkawinan yang sah. Perkawinan yang dilaksanakan secara sah akan menimbulkan adanya akibat hukum, seperti hak dan kewajiban suami isteri, harta perkawinan, hubungan timbal balik antara kedua orang tua dengan anak (nasab), kewajiban pemeliharaan anak (hadhanah), dan kewarisan.

Salah satu akibat dari perkawinan sah adalah anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut adalah anak sah, memiliki hubungan keperdataan secara sempurna dengan kedua orang tuanya, sebagaimana ditentukan di dalam ketentuan Pasal 42 UU Perkawinan jo Pasal 99 KHI.

Hubungan keperdataan yang dimaksud meliputi hak nasab (garis keturunan) anak dihubungkan kepada ayah (dalam Is-

¹²⁶ Amir Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Prenadamedia, Jakarta, 2004, hal.120.

lam), hak pemenuhan nafkah dari orang tua terhadap anak, hak pemeliharaan dan pendidikan (*hadhanah*), hak saling mewarisi, hak perwalian nikah bagi ayah atas anak perempuan, dan hak-hak keperdataan lainnya.

Berbeda halnya dengan perkawinan yang sah, perkawinan yang tidak sah tidak memiliki akibat hukum apapun terhadap pihak yang terikat dalam perkawinan tersebut. Jika kita hubungkan dengan ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan dengan menggunakan interpretasi hukum *a contrario*, perkawinan yang tidak sah adalah perkawinan yang dilakukan tidak menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, sehingga tidak ada hak dan kewajiban yang timbul dari perkawinan tersebut, karena memang secara hukum negara perkawinan tersebut dianggap tidak pernah ada. Maka tidak ada *legal standing* bagi masing-masing pihak untuk mengajukan gugatan kelalaian kewajiban terhadap suatu pihak tertentu.

Terkait dengan adanya perkawinan sah dan perkawinan yang tidak sah, adanya fenomena kawin siri sangat menarik untuk dikaji secara mendalam terutama perkawinan siri yang dilakukan oleh seorang laki-laki yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini. Fenomena kawin siri seperti ini sudah menjadi realita sosial yang ada di masyarakat, tidak saja pada masyarakat di pedesaan tetapi juga terjadi diperkotaan yang banyak dilakukan oleh pihak laki-laki yang dalam kehidupan seksualnya cenderung egois.

Pengertian perkawinan siri yang berkembang di masyarakat saat ini adalah suatu perkawinan yang dilakukan oleh kedua mempelai dengan memenuhi semua rukun dan syarat perkawinan menurut ketentuan hukum agama islam, namun proses perkawinan tersebut tidak dilakukan dihadapan pegawai pencatat perkawinan sehingga oleh karenanya perkawinan tersebut tidak dicatat dalam daftar catatan perkawinan di kantor Pencatat Perkawinan dan tidak memiliki surat nikah yang dikeluarkan oleh pemerintah. Di dalam disertasi ini tidak mengkaji perkawinan siri pada umumnya karena hambatan biaya untuk nikah, melainkan perkawinan siri yang dilakukan oleh

seorang laki-laki dengan seorang perempuan, dimana si laki-laki masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya dan isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini.

Kata “siri” memiliki arti “rahasia”. Kata ini juga mengacu pada pengertian “tersembunyi”. Jika ada suatu objek yang tidak anda ketahui melalui penglihatan mata, objek tersebut berarti tersembunyi dari penglihatan. Objek itu menjadi rahasia bagi masyarakat.¹²⁷ Perkawinan siri artinya perkawinan diam-diam, lawan dari lahir yang artinya terang-terangan.

Dalam asumsi masyarakat, perkawinan siri memiliki tiga pengertian, yaitu antara lain :

1. Pengertian yang pertama, perkawinan siri adalah perkawinan yang dilangsungkan oleh seorang laki-laki dan seorang perempuan tanpa menggunakan wali atau saksi yang dibenarkan oleh syariat islam;
2. Pengertian yang kedua dari perkawinan siri adalah perkawinan yang dilakukan oleh seorang laki-laki dengan seorang perempuan tanpa melibatkan petugas pencatat perkawinan atau dengan kata lain perkawinan tersebut tidak dicatat oleh petugas pencatatan yang ditunjuk oleh undang-undang.
3. Pengertian yang ketiga adalah perkawinan yang dirahasiakan karena pertimbangan-pertimbangan tertentu, misalnya karena takut mendapatkan stigma negatif dari masyarakat yang terlanjur menganggap tabu perkawinan siri atau karena pertimbangan-pertimbangan sulit lainnya sehingga terpaksa dirahasiakan.¹²⁸

Menurut H.M. Abdi Koro didalam sebuah bukunya menyebutkan bahwa dalam Islam tidak dikenal adanya riwayat perkawinan secara diam-diam, melainkan menurut beliau perkawinan itu harus diumumkan.¹²⁹ Tidak ada satu referensipun,

¹²⁷ Taufikurrahman Al-Azizy, *Jangan Sirikan Nikahmu*, Himmah Media, Jakarta, hal.7.

¹²⁸ DY.Witanto, *Op.Cit.*, hal.152.

¹²⁹ H.M. Abdi Koro, *Perlindungan Anak Di Bawah Umur Dalam Perkawinan Usia Muda dan Perkawinan Siri*, Alumni, Bandung, 2012, hal.75

satu rujukan pun, atau satu dalilpun baik didalam Al-Qur'an maupun as-Sunnah yang menyebut istilah "Perkawinan Siri". Tidak ada tradisi Arab-Islam yang menyebut kata "perkawinan siri".¹³⁰ Kata siri di dalam istilah perkawinan Siri adalah kata yang dipaksakan. Kata ini merujuk pada konteks hubungan antara laki-laki dan perempuan yang kawin di hadapan negara (pemerintah). Jika sepasang suami isteri yang menikah di mana perkawinan tidak dicatatkan, atau berkas, atau bukti hitam di atas putih, atau apapun istilah yang sejalan dengan ini, di catatan sipil atau Kantor Urusan Agama, perkawinan tersebut disebut sebagai Perkawinan Siri. Majelis Ulama Indonesia sendiri tidak pernah menyebut istilah "Perkawinan Siri". Sepadan dengan istilah ini, MUI hanya menyebut istilah "perkawinan di bawah tangan".¹³¹ Sedangkan Neng Djubaidah di dalam sebuah bukunya menyebut istilah perkawinan siri ini sebagai perkawinan tidak tercatat. Dimana menurut beliau pengertian perkawinan tidak dicatat adalah berbeda dengan perkawinan sirri, adapun yang dimaksud dengan perkawinan tidak dicatat didalam tulisan beliau adalah perkawinan yang memenuhi rukun dan syarat sesuai dengan Hukum Islam, tetapi tidak dicatatkan atau belum dicatatkan di Kantor Urusan Agama (KUA Kecamatan) sebagai unit Pelaksana Teknis Dinas (UPDT) Instansi pelaksana wilayah Kecamatan setempat, sebagaimana ditentukan dalam Undang-undang Nomor 23 Tahun 2006 tentang administrasi kependudukan.¹³²

Lebih lanjut Neng Djubaidah menyatakan bahwa istilah "tidak dicatat" tidak sama dengan istilah "tidak dicatatkan". Kedua istilah tersebut mengandung makna yang berbeda. Pada istilah "perkawinan tidak dicatat" bermakna perkawinan itu tidak mengandung unsur dengan sengaja yang mengiringi iktikad atau niat seseorang untuk tidak mencatatkan perkawinan-

¹³⁰ *Ibid*, hal.77

¹³¹ MUI, *Nikah Siri Boleh Atau Tidak*, Metro Balikpapan, Minggu, 4 Juni 2006

¹³² Neng Djubaidah, *Pencataan Perkawinan dan Perkawinan Tidak Tercatat Menurut Hukum Tertulis di Indonesia dan Hukum Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hal.153.

nya. Adapun istilah “perkawinan tidak dicatatkan” terkandung iktikad atau niat buruk dari suami khususnya yang bermaksud perkawinannya memang dengan sengaja tidak dicatatkan. Karena itu beliau menyepadankan perkawinan tidak dicatat dengan perkawinan yang belum dicatatkan yang berbeda dengan perkawinan tidak dicatatkan.

Terhadap pandangan yang menyatakan perkawinan yang tidak dicatatkan dengan perkawinan siri adakah suatu hal yang berbeda dengan perkawinan siri adalah suatu pandangan yang kurang tepat, karena berdasarkan pada ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Perkawinan, bahwa perkawinan adalah sah apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, dan di dalam ayat (2) ditentukan bahwa tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Berdasarkan pada rumusan ketentuan pasal tersebut, maka untuk sahnya suatu perkawinan haruslah memenuhi ketentuan pasal tersebut secara utuh yakni memenuhi ketentuan ayat (1) dan ketentuan ayat (2), dan bilamana ditinjau hanya dari ayat (1) saja dengan mengenyampingkan ketentuan ayat (2), maka perkawinan seperti itu dapat dikategorikan sebagai perkawinan yang dirahasiakan/disembunyikan, atau perkawinan siri karena belum memenuhi ketentuan ayat (2) dari ketentuan Pasal 2 UU perkawinan. Dengan demikian perkawinan baru sah menurut hukum Negara, apabila bunyi ketentuan Pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) ini dilaksanakan secara utuh sebagai satu kesatuan peraturan hukum. Untuk pencatatan bagi mereka yang masuk warga Negara Muslim yang kawin menurut agama Islam, dilakukan di Kantor Urusan Agama (KUA) kecamatan, dan untuk mereka yang beragama Katholik, Kristen, Hindu dan Budha dilakukan di Kantor Catatan Sipil. Pasal ini mengandung pengertian bahwa bagi umat Islam, jika suatu perkawinan telah memenuhi syarat-syarat dan rukun kawin sesuai dengan syari’at Islam, atau pendeta/pastur telah melaksanakan pemberkatan atau ritual lainnya (bagi umat Kristen atau Katholik), dan perkawinan itu dicatat oleh negara sehingga perkawinan tersebut sah menurut hukum negara.

Dalam kaitan tersebut, dengan demikian bila melakukan praktik perkawinan siri, ini berarti perkawinan tersembunyi atau menjadi rahasia dari pemerintah. Ini berarti, Kantor Urusan Agama (KUA) atau catatan Sipil itu tidak tahu bahwa seseorang telah menikah. Mereka tidak tahu sebab menikah tidak dicatat oleh mereka. Mereka tidak mencatat perkawinan sebab memang tidak menikah dihadapan mereka; atau tidak memenuhi persyaratan administrasi yang telah di tentukan mereka; atau memang menghindarkan perkawinan dari kontek pemerintahan.

Oleh karena itu, istilah perkawinan siri adalah istilah yang dimunculkan dalam konteks pemerintahan untuk menandai suatu jenis perkawinan yang tidak ada berkas-berkas catatannya di Catatan Sipil atau Kantor Urusan Agama (KUA). Dengan demikian, berdasarkan pada ketentuan Pasal 2 beserta penjelasan resmi UU Perkawinan di atas, perkawinan yang tidak diberitakan dan tidak tercatat di Kantor Urusan Agama atau kantor Catatan Sipil, adalah perkawinan yang dapat dikategorikan sebagai perkawinan siri. Dengan demikian kedudukan perkawinan siri menurut hukum Negara adalah perkawinan yang tidak sah, perkawinan yang illegal dan melanggar hukum negara. Dalam hal ini sejalan dengan pandangan dari Budiman Al-Hanif dalam sebuah bukunya menyatakan bahwa kawin siri adalah kawin yang tidak sah, tetapi tidak sah menurut undang-undang. Kawin siri adalah kawin illegal tetapi illegal menurut undang-undang. Dan kawin siri berarti melanggar hukum Negara dan melanggar menurut Undang-undang¹³³. Akibat hukumnya mereka yang terikat didalam perkawinan tersebut tidak memperoleh perlindungan hukum dari Negara, dan karena tidak ada hak dan kewajiban secara bertimbal balik antara orang tua dengan anak-anak sebagaimana layaknya hubungan bertimbal balik dalam keluarga suami isteri yang melangsungkan perkawinan secara sah menurut hukum negara .

Terdapat beberapa alasan yang melatarbelakangi terjadinya perkawinan siri di beberapa daerah ,yaitu antara lain :

¹³³ Budiman Al-Hanif, *Membangun Keluarga Sakinah Meneladani Keharmonisan Keluarga Rasulullah*, Cakrawala Publising, Jakarta, 2008, hal.24

1. Karena sudah bertunangan untuk menghindari perselingkuhan dan perzinahan lebih baik melakukan nikah siri.
2. Untuk menghemat ongkos dan menghindari prosedur administrative yang dianggap berbelit-belit seperti syarat-syarat administrasi dari RT, lurah, KUA, ijin isteri pertama, ijin pengadilan agama, ijin atasan jika PNS /anggota TNI/Polri dan sebagainya.
3. Karena calon isteri terlanjur hamil diluar nikah;
4. Untuk menghindari tuntutan hukum oleh isterinya dibelakang hari, karena perkawinan yang tidak dicatat oleh Kantor Urusan Agama; dalam kasus ini biasanya perkawinan yang dilakukan untuk yang kedua kalinya (poligini).
5. Untuk menghapus jejak agar tidak diketahui oleh isteri pertama, sekaligus untuk menghindari hukuman administratif yang akan dijatuhkan oleh atasan bagi mereka yang berstatus PNS atau anggota TNI/Polri yang melakukan perkawinan untuk kedua kalinya (poligini).
6. Salah seorang dari calon pengantin biasanya dari pihak (perempuan) belum cukup umur untuk melangsungkan perkawinan melalui KUA;
7. Alasan lain yang bersifat khusus seperti di beberapa daerah yang telah menjadi tradisi melakukan perkawinan siri sebelum menikah di hadapan pegawai pencatat nikah (KUA) adanya sikap orang tua/wali yang menganggap bahwa ia memiliki hak dan kewajiban menikahkan anaknya (perempuan) dengan pasangan yang dicarikan tanpa meminta persetujuan anaknya.

Mengenai persoalan perkawian siri, di dalam UU Perkawinan tidak dikenal adanya perkawinan siri. Pasal 1 UU Perkawinan menyebutkan bahwa perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa." Dalam UU Perkawinan dalam konsiderans mengingat

mencantumkan Pasal 29 UUD-NRI 1945 sebagai dasar hukumnya.

Isi rumusan Pasal 29 UUD-NRI 1945 yang menentukan bahwa “Negara Berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa” dirumuskan kembali secara tegas dalam Pasal 1 UU Perkawinan, bahwa setiap perkawinan yang terjadi di wilayah negara Kesatuan Republik Indonesia wajib berdasarkan agama masing-masing dan kepercayaannya itu.

Rumusan tersebut berarti bahwa perkawinan yang dilakukan tidak berdasarkan hukum agama yang dipeluk oleh orang yang melakukan perkawinan berarti perkawinan itu tidak sesuai dengan UUD-NRI 1945. Jadi menurut Hazairin, bagi orang Islam tidak ada kemungkinan untuk melakukan perkawinan dengan melanggar “hukum agamanya sendiri.” Demikian juga pemeluk agama Katholik, Kristen Protestan, Budha, Hindu dan Kong Hu Cu di Indonesia.¹³⁴

Perkawinan siri yang dimaksud didalam buku ini adalah perkawinan yang memenuhi rukun dan syariat berdasarkan hukum islam, namun karena sesuatu masalah tidak dicatatkan atau belum dicatatkan di kantor urusan Agama (KUA Kecamatan) sebagai unit Pelaksana Teknis dinas (UPDT) instansi Pelaksana di Wilayah Kecamatan setempat, sebagaimana ditentukan dalam Undang-undang Nomor 23 tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan (yang selanjutnya disebut UU Kependudukan). Adapun yang dimaksud dengan istilah “Perkawinan tidak dicatatkan atau belum dicatatkan” terkandung itikad atau niat tidak baik/buruk dari suami khususnya yang bermaksud perkawinannya dengan sengaja tidak dicatatkan karena sang suami masih terikat tali perkawinan yang sah dengan perkawinan sebelumnya, padahal untuk bisa melangsungkan perkawinan yang kedua kalinya atau untuk bisa berpoligini haruslah memenuhi ketentuan peraturan perundangan perkawinan sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 4 jo Pasal 5 UU Perkawinan yang menyatakan:

¹³⁴ Hazairin, *Tinjauan Mengenai UU Perkawinan Nomor 1-1974*, Tintamas, Jakarta, 1986, hal.2.

Pasal 4

- (1) Dalam hal seorang suami akan beristeri lebih dari seorang, sebagaimana tersebut dalam Pasal 3 ayat (2) Undang-undang ini, maka ia wajib mengajukan permohonan kepada Pengadilan di daerah tempat tinggalnya.
- (2) Pengadilan dimaksud dalam ayat (1) pasal ini hanya memberikan izin kepada seorang suami yang akan beristeri lebih dari seorang apabila :
 - i. Isteri tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai isteri;
 - ii. Isteri mendapat cacat badan atau penyakit yang tidak dapat disembuhkan;
 - iii. Isteri tidak dapat melahirkan keturunan.

Pasal 5

- (1) Untuk dapat mengajukan permohonan kepada Pengadilan, sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 ayat (1) Undang-undang ini, harus dipenuhi syarat-syarat sebagai berikut :
 - a. Adanya persetujuan dari isteri/isteri-isterinya;
 - b. Adanya kepastian bahwa suami mampu menjamin keperluan-keperluan hidup isteri-isteri dan anak-anak mereka;
 - c. Adanya jaminan bahwa suami akan berlaku adil terhadap isteri-isteri dan anak-anak mereka.
- (2) Persetujuan yang dimaksud pada ayat (1) huruf a pasal ini tidak diperlukan bagi seorang suami apabila isteri/isteri-isterinya tidak mungkin dimintai persetujuannya dan tidak dapat menjadi pihak dalam perjanjian, atau apabila tidak ada kabar dari isterinya selama sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun, atau karena sebab-sebab lainnya yang perlu mendapat penilaian dari hakim Pengadilan.

Oleh karena perkawinan siri itu tidak tercatat, yang dilakukan oleh pasangan suami istri yang bersangkutan, sehingga perkawinan tersebut tidak memenuhi unsur administrasi sebagaimana yang ditentukan oleh UU Perkawinan Pasal 2 ayat

(2) maka perkawinan tersebut dilihat dari sudut pandang UU Perkawinan adalah tidak sah. Dengan demikian, akibat hukum dari perkawinan siri yang demikian itu menimbulkan ketidakpastian hukum bagi anak-anak yang dilahirkan maupun kepada perempuan yang melangsungkan perkawinan siri ini. Bagi si anak akibat hukumnya, tidak akan mendapatkan hak-haknya sebagai seorang anak dari ayah biologisnya bila si ayah biologisnya tidak berkenan untuk memberikan biaya keperluan hidup seperti halnya hak-hak anak sah. Sedangkan bagi si perempuan yang melakukan perkawinan siri ini, tidak akan mendapatkan hak-haknya sebagai seorang isteri dari suami sirinya, lebih lagi sang suami tidak mau membiayai hidupnya karena takut diketahui oleh isteri sahnya. Dengan demikian dilihat dari prinsip perlindungan anak, maka anak-anak yang lahir dari perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki sebagai ayah biologisnya yang ternyata masih terikat tali perkawinan sah dengan isteri sebelumnya adalah anak tersebut belum mendapatkan hak-haknya sebagai anak bangsa yang mempunyai harkat dan martabat sama dengan anak-anak pada umumnya.

Sesuai dengan prinsip yang dianut dalam UU Perkawinan, dalam rangka menghindari terjadinya penelantaran terhadap perempuan dan anak-anak yang lahir dari perkawinan siri, maka UU ini juga mewajibkan pencatatan perkawinan di hadapan Petugas Pencatat Nikah untuk menjamin ketertiban administrasi perkawinan dan kepastian hukum bagi para pihak yang melangsungkan perkawinan guna membentuk keluarga sakinah dan guna untuk memberikan perlindungan hukum bagi pemenuhan hak-hak istri dan anak, terutama soal pembagian harta waris, pengakuan status anak dan jika ada masalah, isteri memiliki dasar hukum yang kuat untuk menggugat suaminya. Kewajiban hukum pencatatan perkawinan, membebankan tugas dan wewenang kepada Pejabat Pencatat Nikah, untuk mencatat perkawinan dan mengadministrasikannya dalam akta nikah dan buku pencatatan rujuk. Selain itu pencatatan perkawinan merupakan peristiwa penting dari aspek administrasi kependudukan, sehingga akta nikah merupakan akta otentik dalam sistem administrasi.

Pencatatan Perkawinan bagi penduduk yang beragama Islam, pasal 8 UU Kependudukan menentukan bahwa : “Kewajiban Instansi Pelaksana untuk pencatatan nikah, talak, cerai, dan rujuk bagi penduduk yang beragama Islam pada tingkat Kecamatan dilakukan oleh pegawai pencatat pada KUA Kecamatan.”

Pasal 34 UU Kependudukan menentukan bahwa :

- (1)Perkawinan yang sah menurut peraturan perundang-undangan wajib dilaporkan oleh Penduduk kepada Instansi Pelaksana di tempat terjadinya perkawinan paling lambat 60 (enam puluh) hari sejak tanggal perkawinan;
- (2)Berdasarkan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) Pejabat Pencatatan sipil mencatat pada Register Akta Perkawinan dan menerbitkan kutipan Akta Perkawinan;
- (3)Kutipan Akta Perkawinan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) masing-masing diberikan kepada suami dan istri;
- (4)Pelaporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) bagi Penduduk yang beragama Islam dilakukan oleh KUA Kecamatan.
- (5)Data hasil pencatatan peristiwa sebagaimana dimaksud pada ayat (4) dan Pasal 8 Ayat (2) wajib disampaikan oleh KUA Kecamatan kepada Instansi Pelaksana dalam waktu paling lambat 10 (sepuluh) hari setelah pencatatan perkawinan dilaksanakan;
- (6)Hasil pencatatan data sebagaimana dimaksud pada ayat (5) tidak memerlukan penerbitan kutipan akta Pencatatan sipil;
- (7)Pada tingkat Kecamatan laporan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan pada UPDT Instansi pelaksana.

Sesungguhnya yang dimaksud dengan perkawinan, menurut Ulama Syafi'i adalah :

“Akad yang mengandung kebolehan untuk melakukan hubungan suami istri dengan halal perkawinan atau semakna dengan itu”; sedangkan Ulama Mazhab Hanafi mendefini-

sikan makna perkawinan dengan Akad yang membolehkan halalnya hubungan suami istri antara seorang laki-laki dan seorang perempuan selama tidak ada halangan syarat.”¹³⁵

Memperhatikan perkembangan hubungan komunikasi melalui teknologi yang begitu mudah antara seorang laki-laki dengan seorang perempuan akhir-akhir ini menunjukkan semakin marak adanya perkawinan siri tanpa diketahui oleh keluarga, dikarenakan perkawinan ini tanpa ada pencatatan resmi dari instansi yang berwenang. Perkawinan yang sah sesuai dengan Hukum Islam yang disembunyikan dari khalayak ramai memang tidak layak dilakukan, akan tetapi sangat banyak terjadi. Adapun yang menjadi faktor penyebab dilakukannya perkawinan yang sah secara agama ternyata di dalam pelaksanaannya disembunyikan atau dirahasiakan dari khalayak ramai disebabkan oleh beberapa hal, yaitu antara lain:

Pertama, mungkin disebabkan oleh ketatnya syarat-syarat poligini yang harus dipenuhi oleh suami, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 3, Pasal 4, Pasal 5 dan Pasal 65 UU Perkawinan juncto Pasal 55 sampai dengan Pasal 59 Kompilasi Hukum Islam (yang selanjutnya disebut KHI).

Kedua, perkawinan sah yang disembunyikan dari khalayak ramai, mungkin dilakukan bukan dalam rangka poligini, tetapi dilakukan oleh orang-orang tertentu yang terikat dengan perjanjian tertentu di bidang pekerjaannya yang mengharuskan ia tidak melakukan atau menunda perkawinan dalam jangka waktu tertentu.

Ketiga, perkawinan sah yang disembunyikan (kawin siri) dari khalayak ramai mungkin dilakukan dalam rangka kawin gantung yang dikenal dalam masyarakat Indonesia sejak dahulu, meskipun saat ini sudah sangat jarang terdengar.¹³⁶

¹³⁵ H.M. Abdi Koro, *Op.Cit*, hal.76

¹³⁶ Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan Dan Perkawinan Tidak Dicatat Menurut Hukum Tertulis Di Indonesia Dan Hukum Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hal.347

Apapun alasan yang memungkinkan dilakukannya perkawinan sah itu disembunyikan (kawin siri) dari khalayak ramai, kesemua itu bukan dalam rangka menentang Hukum Allah dan Rasul-Nya, bukan bermaksud melecehkan hukum Allah. Lebih lanjut sependapat dengan pendapat dari Neng Djubaidah yang mengatakan bahwa beliau tidak setuju jika perkawinan yang sah secara agama itu disembunyikan (kawin siri), karena memang dapat merendahkan derajat dan martabat perempuan. Akan tetapi, jika perkawinan sah yang disembunyikan dari khalayak ramai itu adalah ditujukan untuk:

1. Sementara waktu saja, sebagaimana pada perkawinan pasangan yang salah satunya atau kedua-duanya terikat dengan perjanjian kerja atau lainnya yang mengharuskan ia menunda perkawinannya, atau pada kawin gantung;
2. Bukan bermaksud untuk melecehkan dan merendahkan istri dan menelantarkan anak-anak yang dilahirkan, namun untuk mencari rida Allah semata;
3. Beritikad bahwa jika syarat-syarat untuk menunda pernikahan yang harus dipenuhi dalam bidang tertentu itu sudah dijalani, maka segera merayakan perkawinannya dan mencatatkannya di KUA Kecamatan setempat;
4. Tetap dicatatkan di KUA Kecamatan setempat, tetapi perkawinan itu belum dipestakan atau belum diselenggarakan walimah.¹³⁷

Mengingat akan hal tersebut, maka pemerintah saat ini berupaya melegalkan rancangan Undang-undang Hukum Materiil Peradilan Agama Bidang Perkawinan, yang salah satunya membahas mengenai perkawinan siri.

Dalam RUU tersebut, kawin siri dianggap illegal sehingga pasangan yang menjalani pernikahan model itu akan dipidanakan. Hukumannya yaitu kurungan maksimal 3 (tiga) bulan dan denda maksimal Rp. 5 (lima) juta. Sanksi juga berlaku bagi pihak yang mengawinkan atau yang dikawinkan secara nikah siri. Selain itu, setiap penghulu yang menikahkan seseorang yang bermasalah, misalnya masih terikat dalam

perkawinan sebelumnya, akan dikenai sanksi pidana 1 tahun penjara.

Perlunya pengaturan mengenai pernikahan siri ini, karena ternyata dalam perjalanannya pernikahan semacam itu jauh dari sentuhan hukum. Perempuan sebagai pelaku nikah siri ataupun anak yang lahir dari hasil kawin siri, tidak mendapatkan perlindungan hukum ketika terjadi penelantaran rumah tangga oleh suami sirinya. Dengan demikian nikah siri merupakan kenikmatan sesaat, yang membawa penderitaan panjang dan tiada pernah berakhir bagi perempuan yang menjadi pelaku pernikahan siri.

Bertolak dari uraian di atas, kedudukan kawin siri dilihat dari peraturan perundang-undangan perkawinan di Indonesia, maka perkawinan siri ini adalah perkawinan yang tidak sah, karena tidak memenuhi ketentuan pasal 2 ayat (1) dan ayat (2) UU Perkawinan. Sehingga perkawinan yang demikian akan menimbulkan permasalahan hukum yang sangat kompleks bagi anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan siri ini.

Dalam usaha untuk dapat memberikan kepastian hukum mengenai kedudukan anak luar kawin (kawin siri) ini, dapat dilakukan langkah hukum dengan melagalisasi perkawinan siri ini melalui isbat nikah. Adapun yang dimaksud dengan isbat nikah adalah permohonan pengesahan nikah yang diajukan ke pengadilan agama untuk dinyatakan sah-nya pernikahan dan memiliki kekuatan hukum.¹³⁸

Isbat nikah dapat diajukan dalam hal : 1) untuk penyelesaian perceraian; 2) hilangnya buku nikah; 3) jika ada keraguan tentang sah atau tidaknya salah satu syarat pernikahan; 4) jika pernikahan tidak tercatat dan terjadi sebelum tahun 1974; dan 5) pernikahan yang tidak tercatat dan terjadi setelah tahun 1974 dan tidak melanggar ketentuan undang-undang.¹³⁹

¹³⁷ *Ibid*, hal.348

¹³⁸ *Panduan Pengajuan Itsbat Nikah, tanpa penerbit, tanpa tahun, hal.2*

¹³⁹ *Ibid*

Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan oleh Mukhtaruddin Bahrum di Pengadilan Agama Sulawesi Selatan ditemukan adanya pengajuan isbat nikah yang disebabkan berbagai macam faktor yaitu antara lain :

1. Faktor fikih sentris dan kurangnya pemahaman mengenai pentingnya pencatatan.

Mayoritas motif para pemohon isbat nikah dapat dipahami bahwa yang menjadi latar belakang mengapa pernikahan para pemohon minus pencatatan disebabkan karena pengetahuan masyarakat terhadap nilai-nilai yang terkandung dalam pencatatan perkawinan masih sangat kurang, mereka masih menganggap bahwa masalah perkawinan itu adalah masalah pribadi dan tidak perlu ada campur tangan pemerintah/Negara. Selain itu, sebagian masyarakat muslim berpegang teguh kepada fikih tradisional. Pemahaman mereka bahwa perkawinan sah apabila ketentuan-ketentuan yang tersebut dalam kitab-kitab fikih telah terpenuhi, tidak perlu ada pencatatan di Kantor Urusan Agama dan tidak perlu surat nikah sebab hal itu tidak diatur pada zaman Rasulullah saw.

2. Silariang.

Faktor nikah silariang, dimana mempelai perempuan tidak mendapat restu dari orang tua atau walinya, juga menjadi alasan mengapa perkawinan tidak dicatat. Hal ini dapat dilihat dari penetapan Pengadilan Agama Takalar No.4/Pdt.G/2009/PA. Tkl. Menurut pengakuan pemohon bahwa pencatatan tidak dilakukan karena pemohon dan perempuan tersebut "silariang", yang dikuatkan keterangan dua saksi bahwa keduanya tidak memiliki buku nikah karena pernikahan silariang.

3. Kelalaian imam.

Faktor lain yang ditemukan pada lokasi penelitian bahwa penyebab terjadinya nikah siri karena kelalaian imam sebagai pembantu Pegawai Pencatat Nikah yang tidak menyerahkan data-data pernikahan ke Kantor Urusan Agama, sehingga data

perkawinan para pemohon tidak terakomodir dalam buku register perkawinan di kantor urusan agama.

Para pemohon pada perkara tersebut, menguraikan dalam surat permohonannya bahwa mereka menikah dihadapan imam setempat selaku Pembantu Pegawai Pencatat Nikah. Namun kenyataannya, kehadiran imam setempat tersebut tidak mempengaruhi pencatatan perkawinannya, karena data perkawinan para pemohon tidak tercatat dalam buku register nikah di kantor Urusan Agama. Kelalaian ini pada akhirnya merugikan para pemohon karena di samping merugikan secara materi, mereka pun tidak mendapatkan buku nikah.

4. Pernikahan bukan di depan pejabat resmi.

Permohonan isbat nikah perkara no. 138/Pdt.P/2010/PA.Wtp. melaksanakan perkawinan di muka pejabat. Namun pejabat tersebut bukan pejabat resmi dan sah serta tidak berwenang untuk melaksanakan perkawinan. Hal ini dipahami dari keluarnya duplikat buku nikah tanpa didahului buku nikah asli. Duplikat buku nikah tersebut akhirnya ditolak oleh PT.TASPEN.

5. Pernikahan di Luar Negeri.

Pemohon isbat nikah pada perkara no. 97/Pdt.P/2011/PA.Wtp., melaksanakan pernikahannya di Malaysia menyulitkan keduanya untuk mencatatkan pernikahannya di Kantor Urusan Agama di Indonesia. Pernikahan siri yang terjadi di luar negeri, relative banyak dilakukan oleh Tenaga Kerja Indonesia (TKI). Hal inilah yang memicu Mahkamah Agung RI melalui Pengadilan Agama Jakarta Pusat melakukan sidang keliling ke Malaysia pada tahun 2011 dan 2012. Program ini dilakukan bekerja sama dengan Kementerian Luar Negeri melalui KBRI di luar negeri, khusus untuk perkara permohonan isbat nikah. Sidang keliling di luar negeri atas permohonan isbat nikah ini umumnya dimohonkan oleh pasangan TKI yang beragama Islam untuk mengesahkan perkawinannya yang sebelumnya pernah menikah secara agama, tetapi belum memiliki buku nikah karena perkawinannya belum

tercatat di Kantor Urusan agama. Mereka umumnya kesulitan dari segi transportasi dan ekonomi untuk mengesahkan perkawinannya di Indonesia (kondisi geografis yang sangat jauh). Selain alasan itu, kadang-kadang ditemukan juga adanya hambatan dari perusahaan untuk tidak meninggalkan tempat kerja mengingat target produktivitas dan beban kerja tinggi dan teramat ketat.¹⁴⁰

Pernikahan yang tidak tercatat/nikah siri yang tidak bermuatan konflik memiliki keberanian untuk mengajukan isbat nikah di pengadilan agama. Hal ini mungkin disebabkan karena tidak adanya kekhawatiran akan ditolaknya permohonan isbat nikah tersebut. Walaupun secara teoritis, pernikahan sirri masih menjadi polemik di kalangan pakar hukum apakah diabaikannya pencatatan oleh para pelaku dapat dimaafkan atau tidak dan isbat nikahnya diterima atau ditolak. Di dalam penelitian disertasi ini, nampaknya upaya isbat nikah tidak dapat dilakukan, karena perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki sebagai ayah biologis dari anak luar kawin tersebut adalah perkawinan siri yang tidak pernah disetujui oleh isteri sahnyanya, sehingga perkawinan tersebut mengandung konflik, dan anak yang terlahir-pun tidak akan memperoleh hubungan nasab dengan ayah biologisnya, karena berdasarkan pada hukum Negara, perkawinan secara siri ini dianggap sebagai perkawinan yang tidak sah.

Orang lain yang mempunyai kepentingan dan tidak menjadi pihak dalam permohonan isbat nikah dapat mengajukan perlawanan. Dan perlawanan yang dapat diajukan adalah sebagaimana dikemukakan oleh Muktharuddin Bahrum dalam penelitiannya mengemukakan bahwa :

“Pihak yang dirugikan atas permohonan isbat nikah dapat melakukan perlawanan, dan bilamana masih dalam proses, pihak yang dirugikan terhadap permohonan isbat nikah

¹⁴⁰ Muktharuddin Bahrum, *Legalisasi Nikah Sirri Melalui Isbat Nikah Menurut Kompilasi Hukum Islam*, Jurnal Diskursus Islam, Vol.1 Nomor 2, Agustus, 2013, hal.214

tersebut dapat mengajukan intervensi, dan jika permohonan isbat nikah tersebut telah diputus oleh pengadilan agama, maka perlawanan yang dapat dipakai adalah dengan mengajukan pembatalan perkawinan.¹⁴¹

Sekiranya dalam pernikahan yang kedua yang dilaksanakan secara sirri, bermaksud untuk diisbatkan, maka isteri pertama yang sah harus dilibatkan sebagai pihak. Dalam kasus ini penyatuan ijin poligini dan isbat nikah dalam satu perkara dimungkinkan dilakukan.

Suami atau isteri yang telah ditinggal mati oleh isteri atau suaminya dapat mengajukan permohonan isbat nikah secara kontentius dengan mendudukkan ahli waris lainnya sebagai pihak termohon, produknya berupa putusan dan atas putusan tersebut dapat diupayakan banding dan kasasi. Namun isbat nikah tidak selamanya bersifat kontentius, bila isbat nikah yang diajukan oleh kedua suami isteri maka bersifat voluntair, produknya berupa penetapan. Jika isi penetapan tersebut menolak permohonan isbat nikah dapat dilakukan oleh kedua suami isteri atau salah satu dari suami isteri, anak, wali nikah dan pihak lain yang berkepentingan dengan perkawinan tersebut kepada Pengadilan agama atau Mahkamah Syariah dalam wilayah hukum pemohon bertempat tinggal.

2.4. Status Anak Yang Dilahirkan Dari Perkawinan Siri.

Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) adalah Negara yang berdasarkan atas Pancasila, bukan Negara Islam. Sistem hukum yang berlaku di Indonesia sebenarnya tidak mengenal istilah kawin siri atau nikah siri, apalagi mengatur secara khusus kawin siri didalam sebuah peraturan perundang-undangan. Perkawinan siri sampai saat ini masih menimbulkan pro dan kontra di masyarakat, praktik perkawinan siri hingga kini masih banyak terjadi.

Perkawinan siri meski secara agama atau adat istiadat dianggap sah, namun perkawinan yang dilakukan di luar

¹⁴¹ *Ibid*, hal.227-228

pengetahuan dan pengawasan pegawai pencatat perkawinan tidak memiliki kekuatan hukum dan dianggap tidak sah dimata hukum. Oleh karena itu, perempuan yang dikawin siri oleh seorang laki-laki tidak mungkin memperoleh kutipan akta nikah dari KUA. Dianggap tidak sah, kawin siri pada umumnya sangat banyak merugikan bagi para isteri dan perempuan pada umumnya, termasuk anak-anak yang diperoleh dari perkawinan secara siri tersebut. Hal mana dapat dilihat dalam beberapa hal sebagai berikut :

- a. Akibat hukum perkawinan siri. Meski secara agama atau adat istiadat dianggap sah, namun perkawinan yang dilakukan di luar pengetahuan dan pengawasan pegawai pencatat nikah di KUA tidak memiliki kekuatan hukum dan dianggap tidak sah dimata hukum.
- b. Perkawinan siri tidak dikenal dalam system hukum Indonesia. Sistem hukum Indonesia tidak mengenal Istilah “kawin siri” dan semacamnya dan tidak mengatur secara khusus dalam sebuah peraturan. Namun, secara sosiologis, istilah ini diberikan bagi perkawinan yang tidak dicatatkan dan dianggap dilakukan tanpa memenuhi ketentuan undang-undang yang berlaku, khususnya tentang pencatatan perkawinan yang diatur dalam UU Perkawinan Pasal 2 ayat (2).
- c. Dampak dari perkawinan siri terhadap isteri, adalah sangat merugikan bagi isteri dan perempuan pada umumnya, baik secara hukum maupun secara sosial. Secara hukum isteri dianggap tidak sebagai isteri; isteri tidak berhak atas nafkah dan warisan jika suami meninggal dunia; juga isteri tidak berhak atas harta gono gini jika terjadi perpisahan, karena secara hukum perkawinan siri dianggap tidak pernah terjadi; sedangkan secara sosial, isteri akan sulit bersosialisasi karena perempuan yang melakukan perkawinan siri sering dianggap telah tinggal serumah dengan laki-laki tanpa ikatan perkawinan (kumpul kebo) atau isteri dianggap menjadi isteri simpanan.
- d. Dampak terhadap anak; Sementara terhadap anak, tidak sahnya perkawinan siri menurut hukum negara memiliki

dampak negatif bagi status anak yang dilahirkan, yakni : *Pertama*, status anak yang dilahirkan dianggap sebagai anak tidak sah. Konsekuensinya, anak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Artinya anak tidak mempunyai hubungan terhadap ayahnya (pasal 42 dan 43 UU Perkawinan) dan Pasal 100 KHI. Di dalam akta kelahirannya statusnya dianggap sebagai anak luar kawin, dicantumkan nama ibu yang melahirkannya. Keterangan berupa status sebagai anak luar kawin dan tidak tercantumnya nama ayah akan berdampak sangat mendalam secara sosial dan psikologis bagi anak dan ibunya. *Kedua*, ketidakjelasan status anak di muka hukum, mengakibatkan hubungan antara ayah dan anak tidak kuat, sehingga bisa saja suatu waktu ayahnya menyangkal bahwa anak tersebut bukan anak kandungnya.

Mengingat perkawinan siri ini mempunyai dampak yang sangat rentan terhadap tumbuh dan perkembangan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut, maka ada baiknya sebagai acuan analisis adalah kasus penyanyi Machica Muchtar beserta anaknya Iqbal Moerdiono yang menggugat mantan Menteri Sekretaris Negara Moerdiono untuk mengakui bahwa anaknya adalah memang benar mempunyai hubungan darah dengan Bapak Moerdiono, karena mereka telah terikat tali perkawinan sah secara syari'at Islam, akan tetapi sampai saat ini tuntutan Machica Muchtar tidak pernah terwujud untuk memperjuangkan hak-hak normatif anaknya sebagai keturunan sah dari Moerdiono. Dari kasus tersebut akan sangat baik bila menganalisis melalui konsep Negara Kesejahteraan sebagaimana diatur di dalam ketentuan Pasal 28 b Ayat (1) UUD-NRI 1945 yang menentukan: "Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah", Ayat 2 "Setiap anak berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi". Selanjutnya Pasal 28 I ayat (4) "Perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia adalah tanggungjawab negara, terutama pemerintah.

Kemudian UU Perlindungan Anak di dalam Pasal 1 ayat (2) menentukan bahwa : “Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin dan melindungi anak dan hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi, secara optimal sesuai harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.”

Kemudian di dalam UU Kesejahteraan anak, dinyatakan didalam ketentuan Pasal 1 Ayat (1) , yang menentukan:

- a. “Kesejahteraan anak adalah suatu tata kehidupan dan penghidupan anak yang dapat menjamin pertumbuhan dan perkembangan dengan wajar, baik secara rohani, jasmani, maupun sosial;
- b. “Usaha kesejahteraan anak adalah usaha kesejahteraan sosial yang ditujukan untuk menjamin terwujudnya kesejahteraan anak terutama terpenuhinya kebutuhan pokok anak.”

Negara Kesatuan Republik Indonesia menjamin kesejahteraan tiap-tiap warga negaranya termasuk memberikan perlindungan terhadap hak-hak anak yang merupakan bagian hak asasi manusia. Oleh karena itu di dalam UU Perkawinan telah dimuat beberapa asas yang pada intinya memberikan kesejahteraan, rasa keadilan dan kepastian hukum bagi pasangan suami isteri tersebut. Dalam kaitan dengan asas-asas ini H. Rochmat Sumitro sebagaimana dikutip oleh Abdi Koro menyebutkan bahwa di dalam pembuatan Undang-undang perkawinan harus memuat asas-asas sebagai berikut :

- a. Asas kesejahteraan, adalah asas yang penting dalam perkawinan mempunyai keinginan, cita-cita untuk membangun keluarga yang sejahtera, damai dan sentosa lahir bathin;
- b. Asas keadilan, merupakan asas terpenting dalam hukum kedua orang yang terlibat dalam perkawinan sama-sama merasakan manfaat, kebahagiaan bagi kedua belah pihak untuk membentuk keluarga yang sakinah, mawadah dan warahmah;

- c. Asas kepastian hukum (yuridis), yang memberikan kepastian hukum tentang perkawinan dalam hukum keluarga.¹⁴²

Terkait dengan pembahasan terhadap pokok bahasan pertama dalam buku ini, yaitu tentang hakekat kedudukan hukum anak luar kawin dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan akan mempergunakan teori keadilan sebagai pisau analisis, karena meskipun anak luar kawin ini dapat membuktikan bahwa berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum laki-laki yang menanam benih pada si Ibu yang menyebabkan anak luar kawin ini lahir adalah benar terbukti mempunyai hubungan darah, akan tetapi kedudukan anak luar kawin ini masih belum mendapatkan pengakuan sebagai anak yang mempunyai kedudukan sama atau mempunyai kedudukan yang seimbang dengan anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah. Untuk itulah melalui teori keadilan ini akan dikaji lebih mendalam mengenai hakekat kedudukan hukum antara anak luar kawin dengan anak sah .

Asas keadilan sebagai asas terpenting disini memiliki arti keadilan terhadap masyarakat yang memang telah memiliki kriteria tertentu sebagai anggota masyarakat, yang memiliki hak-hak tertentu dan telah disepakai bersama, demikian pula halnya dengan anak luar kawin yang dilahirkan sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, yang sesungguhnya mempunyai harkat dan martabat yang sama dengan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah.

Asas kepastian hukum yang dimiliki hukum perkawinan sebagaimana diamanatkan oleh UUD-NRI 1945 adalah adanya kepastian hukum terhadap masyarakat yang juga telah dinyatakan oleh UU Perkawinan bagi warga Negara Indonesia yang baik yang selalu bergerak maju, seiring dengan pembangunan hukum dalam perspektif Negara kesejahteraan.

Anak yang dilahirkan dari perkawinan siri, meskipun secara agama diakui sebagai anak sah, akan tetapi oleh karena perka-

¹⁴² Abdi Koro, *Op.Cit*, hal.175

winan orang tuanya tidak dicatatkan, maka anak tersebut dilihat dari kacamata UU Perkawinan, anak tersebut adalah merupakan anak luar kawin, sehingga anak ini hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya saja. Sedangkan dengan ayah biologisnya tidak mempunyai hubungan keperdataan yang saling bertimbal balik. Hal mana dapat dilihat dari ketentuan pasal 43 ayat 1 UU Perkawinan yang menyatakan bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya.

Sehubungan kedudukan anak luar kawin yang lahir dari perkawinan siri ini hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya saja, maka anak luar kawin dari perkawinan siri ini tidak memperoleh hak-haknya secara maksimal di negara yang berdasarkan atas hukum. Bahwa mengingat Indonesia adalah Negara yang menganut Negara kesejahteraan , maka di dalam masalah ini, seiring dengan pendapat dari W.Friedman yang menyebutkan bahwa Negara yang menganut konsep Negara kesejahteraan dapat mengemban 4 (empat) fungsi, yaitu :

1. *The state as provider* (negara sebagai pelayan);
2. *The state as regulator* (negara sebagai pengatur);
3. *The state as entrepreneur* (negara sebagai wirausaha), and
4. *The state as umpire* (negara sebagai wasit).¹⁴³

Oleh karena didalam praktiknya anak-anak beserta ibu yang terkait dengan perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isteri yang sebelumnya, maka sudah sepatutnya Negara yang memiliki fungsi pelayanan kepada masyarakat hendaknya memberikan perlindungan hukum terhadap hak-hak normatif anak luar kawin ini. Dan disamping itu negara yang mempunyai kewenangan untuk mengatur masyarakatnya melalui penciptaan peraturan perundang-undangan yang mempunyai kekuatan

¹⁴³ W.Friedmann, *The State and The Rule of Law n A Mixed Economy*, Steven & Son, London,1971, hal.5

memaksa, maka sudah sepatutnya pula Negara dalam hal ini pemerintah segera untuk menerbitkan/mengeluarkan peraturan pemerintah yang mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin beserta hak-haknya sebagai generasi penerus bangsa. Karana didalam UU Perkawinan sebagaimana diatur didalam ketentuan Pasal 43 ayat (2) ditentukan bahwa kedudukan anak luar kawin selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah, namun setelah berlaku hampir lima puluh tahun (setengah abad) sejak diundangkan ternyata Peraturan Pemerintah yang dijanjikan oleh pembentuk Undang-Undang ternyata sampai saat ini belum lahir, sehingga perlindungan terhadap anak luar kawin pada umumnya dan anak luar kawin dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isteri sebelumnya adalah baru berjalan setengah bagian saja yaitu bagian dari ibu dan keluarga ibunya saja, sedangkan pengaturan anak luar kawin dalam hubungannya dengan ayah biologisnya sampai saat ini belum ada. Sehingga secara yuridis perlindungan hukum terhadap anak luar kawin dari perkawinan siri ini masih sangat lemah, karena belum diatur secara utuh dan lengkap.

Menurut konsep Negara kesejahteraan, tujuan negara adalah untuk kesejahteraan umum, yaitu suatu konsep yang menempatkan peran negara dalam setiap aspek kehidupan rakyatnya demi terwujudnya kesejahteraan sosial bagi seluruh rakyat.¹⁴⁴

Teori Negara kesejahteraan sangat mendukung adanya sanksi tentang pelanggaran salah satu rukun nikah antara lain tidak dicatat dan tidak mempunyai wali. Hal ini mendukung terwujudnya kesejahteraan umum dan kemakmuran bagi seluruh rakyat Indonesia melalui pengaturan perkawinan sebagaimana diamanatkan dalam UU Perkawinan dan KHI.

Secara hukum, anak-anak yang berasal dari perkawinan yang tidak dicatatkan, kelahirannya tidak dicatatkan pula secara

¹⁴⁴ Mustamin Dg.Matutu, *"Selayang Pandang Tentang Perkembangan Tipe-tipe Negara Modern"*, Fakultas Hukum Dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang, 2001, hal.15

hukum. Jika kelahiran anak-anak tidak dapat dicatatkan secara hukum, berarti telah terdapat pelanggaran terhadap hak-hak asasi anak (Konvensi Hak Anak). Dengan demikian Anak-anak tersebut menjadi mempunyai status sebagai anak yang lahir di luar perkawinan atau anak luar kawin, yang secara hukum berkedudukan sebagai anak tidak sah dan tidak mempunyai hubungan perdata dengan ayah biologisnya, namun hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya saja.

2.5. Eksistensi Pasal 43 UU Perkawinan.

Mahkamah Konstitusi pada tanggal 17 Pebruari 2012 telah membuat terobosan hukum yang sangat revolusioner mengenai pemberian hak keperdataan kepada anak luar kawin. Terobosan hukum yang dilakukan oleh Mahkamah Konstitusi melalui putusannya Nomor 46/PUU-VIII/2010 dengan memberikan hak perdata kepada anak yang dilahirkan di luar perkawinan sepanjang seorang anak terbukti memiliki hubungan darah dengan laki-laki sebagai ayahnya melalui pengujian Ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum, telah menuai kecaman dan kritik yang sangat tajam dari berbagai pihak terutama dari NU dan MUI. MUI secara tegas berpendapat sesuai dengan syariat, anak zina tidak berhak memperoleh nasab, waris, dan wali nikah dari bapak biologisnya maupun keluarga bapaknya. Bahkan MUI mendesak Mahkamah Konstitusi untuk menganulir putusannya.

Mahkamah Konstitusi melalui putusan Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 telah memutuskan bahwa Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan bertentangan dengan UUD-NRI 1945 bila tidak dibaca "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya."

Tujuan dari Mahkamah Konstitusi memberikan putusan yang demikian adalah untuk memberikan penegasan bahwa

anak yang dilahirkan diluar perkawinan-pun berhak mendapat perlindungan hukum. Menurut pertimbangan Mahkamah Konstitusi, hukum harus memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan memberikan hak-hak yang ada padanya, termasuk memberikan perlindungan hukum kepada anak-anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih disengketakan.

Menurut UU Perkawinan dalam pasal 42 dinyatakan bahwa “anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”. Sebelum adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 , UU Perkawinan telah mengatur bahwa “Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”. Hal mana dapat dilihat dari ketentuan Pasal 43 UU Perkawinan yang menyatakan bahwa :

- (1) Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya.
- (2) Kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah.

Bertolak dari ketentuan pasal tersebut di atas sebenarnya menimbulkan multi tafsir, sehingga tidak dapat memberikan kepastian hukum bagi anak luar kawin tersebut, hal ini dapat dilihat dari kalimat “dilahirkan diluar perkawinan”. Kalimat “dilahirkan diluar perkawinan”itu sebenarnya mengandung makna ganda , pada satu pihak bisa diartikan bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan itu adalah anak-anak yang dilahirkan tanpa adanya perkawinan yang sah dari orang tuanya, sehingga anaknya sering disebut anak hasil zina yang sudah pasti merupakan anak luar kawin; dan disamping itu di pihak lain dapat pula diartikan anak tersebut dilahirkan dari perkawinan yang telah dilangsungkan menurut hukum agama sebagaimana rumusan ketentuan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan, akan tetapi perkawinan tersebut tidak dicatatkan sebagaimana yang dimaksud di dalam rumusan ketentuan Pasal 2 ayat 2 UU Per-

kawinan, sehingga anaknya menurut hukum negara merupakan anak luar kawin, karena perkawinannya tidak pernah dicatatkan.

Menganalisis secara kritis mengenai eksistensi kedudukan anak luar kawin sebagaimana yang diatur di dalam ketentuan pasal 43 UU Perkawinan, kalau dianalisis dari teori kepastian hukum, maka ada baiknya dikemukakan pandangan Aristoteles dalam bukunya *Rhetorica* yang menjelaskan, bahwa tujuan hukum adalah menghendaki keadilan semata-mata; dan isi (materi muatan) hukum ditentukan oleh kesadaran etis mengenai apa yang dikatakan adil dan apa yang dikatakan tidak adil. Menurut teori ini, hukum mempunyai tugas suci dan luhur, yakni keadilan dengan memberikan kepada tiap-tiap orang, apa yang berhak diterima, serta memerlukan peraturan tersendiri bagi tiap-tiap kasus. Untuk terlaksananya hal tersebut, maka menurut teori ini, hukum harus membuat *algemene regels* (peraturan/ketentuan umum), dimana peraturan/ketentuan umum ini diperlukan masyarakat demi kepastian hukum.

Kepastian hukum sangat diperlukan untuk menjamin ketenteraman dan ketertiban dalam masyarakat, karena kepastian hukum mempunyai sifat sebagai berikut: a) adanya paksaan dari luar (sanksi) dari penguasa yang bertugas mempertahankan dan membina tata tertib masyarakat dengan perantara alat-alatnya; b) sifat undang-undang yang berlaku bagi siapa saja.

Kepastian hukum itu ditujukan pada sikap lahir manusia, ia tidak mempersoalkan apakah sikap bathin seseorang itu baik atau buruk, yang diperhatikan adalah bagaimana perbuatan lahiriahnya. Kepastian hukum tidak memberi sanksi kepada seseorang yang mempunyai sikap bathin yang buruk, akan tetapi yang diberi sanksi adalah perwujudan dan sikap bathin yang buruk tersebut, atau menjadikannya perbuatan yang nyata atau konkrit.

Kepastian hukum secara normatif adalah ketika suatu peraturan perundang-undangan dibuat dan diundangkan secara pasti, karena mengatur secara jelas dan logis. Jelas dalam artian tidak menimbulkan keragu-raguan (multitafsir), dan logis dalam artian menjadi suatu system norma dengan norma lain, sehingga tidak berbenturan atau menimbulkan konflik norma. Konflik

norma yang ditimbulkan dari ketidakpastian peraturan perundang-undangan dapat berbentuk kontestasi norma, reduksi norma, atau distorsi norma.

Menurut Gustav Radbruch, terdapat dua macam kepastian hukum, yaitu : Kepastian hukum oleh karena hukum, dan kepastian hukum dalam atau dari hukum."Hukum yang berhasil menjamin banyak kepastian hukum dalam masyarakat adalah hukum yang berguna. Kepastian hukum oleh karena hukum memberi dua tugas hukum yang lain, yaitu menjamin keadilan hukum serta hukum harus tetap berguna. Sedangkan kepastian hukum dalam hukum tercapai apabila hukum tersebut sebanyak-banyaknya undang-undang. Dalam undang-undang tersebut tidak terdapat ketentuan-ketentuan yang bertentangan (undang-undang berdasarkan suatu system yang logis dan praktis). Undang-undang dibuat berdasarkan *rechtswerkelijkheid* (keadaan hukum yang sungguh-sungguh) dan dalam undang-undang tersebut tidak terdapat istilah-istilah yang dapat ditafsirkan secara berlain-lainan.¹⁴⁵

Memperhatikan rumusan ketentuan Pasal 43 Ayat (2) UU Perkawinan yang menyebutkan bahwa kedudukan anak dalam ayat (1) selanjutnya akan diatur dalam peraturan pemerintah, namun didalam kenyataannya sampai dengan sekarang pemerintah belum juga mengeluarkan peraturan pemerintah yang mengatur tentang kedudukan anak luar kawin; sedangkan kalau kita melihat lebih jauh di dalam peraturan pelaksanaan dari UU Perkawinan yaitu PP No.9 Tahun 1975 sama sekali tidak mengatur tentang kedudukan anak luar kawin, sehingga sampai sekarang permasalahan tentang kedudukan anak luar kawin pengaturannya masih belum ada, karena ketentuan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan hanya menyebutkan tentang hubungan keperdataannya saja, sedangkan terhadap anak-anak yang harus dilindungi sebagai seorang manusia tidak mendapat pengaturan yang jelas dan terperinci, sehingga anak luar kawin tersebut sulit untuk mendapatkan hak-haknya secara adil, karena tidak ada

¹⁴⁵ Soetanto Soepiadhy, *Kepastian Hukum*, Surabaya Pagi, Rabu Pon , 4 April 2012.

peraturan yang pasti yang mengatur hak-haknya sebagai seorang manusia.

2.6. Nuansa Agamawi Dalam UU Perkawinan Menyangkut Kedudukan Anak Luar Kawin.

Manusia sebagai makhluk adalah bersifat *zoon politicon*, artinya manusia itu hidup secara berkelompok dalam suatu gugus yang disebut masyarakat.¹⁴⁶ Sudah menjadi kodratnya pula bahwa manusia akan saling tertarik terhadap lawan jenisnya, untuk kemudian melangsungkan perkawinan sesuai aturan yang berlaku dalam masyarakat yang bersangkutan. Lembaga perkawinan ini dalam sejarah peradaban manusia, mulai yang primitif sampai dengan yang maju, mendapatkan tempat yang sentral. Aturan-aturan tentang kawin dibuat sesuai struktur masyarakatnya dengan menggunakan berbagai norma, tidak terkecuali norma hukum sebagai penyangganya.¹⁴⁷

Lembaga perkawinan yang dibingkai dengan norma, menjadikan kelompok sosial tersebut memiliki komponen sentral berujud keluarga. Lewat perkawinan, sesuai kemajuan peradaban yang kemudian dibingkai dengan aturan hukum, menjadikan setiap anggota masyarakat akan jelas kedudukan hukumnya. Ini disebabkan, sesuai aturan hukum yang mendasarinya, perkawinan yang bercorak sebagai suatu perbuatan hukum, menimbulkan akibat-akibat hukum lanjutan yang ikut menentukan hak dan kewajiban seseorang.¹⁴⁸

Perkawinan sebenarnya merupakan salah satu peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, disamping peristiwa-peristiwa lainnya seperti kelahiran, kematian, perceraian dan sebagainya. Apabila diteliti lebih dalam, sesungguhnya masyarakat itu merupakan kumpulan atau himpunan keluarga-

¹⁴⁶ Moch. Isnaeni, "Nuansa Agamawi Dalam Hukum Perkawinan Nasional Indonesia", *Makalah Workshop Hukum Perdata dan Hukum Dagang*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga Departemen Hukum Perdata, Surabaya, 22-23 April 2014, hal.1

¹⁴⁷ *Ibid*, hal. 2

¹⁴⁸ *Ibid*

keluarga yang dibentuk oleh para anggotanya melalui perkawinan. Oleh sebab itu semakin kokoh hubungan kekeluargaan yang ada dalam sebuah rumah tangga, maka dapat diharapkan keutuhan masyarakat juga menjadi lebih terjamin. Berarti untuk masalah perkawinan ini, kendati urusan privat, Negara juga punya kepentingan yang urgen, oleh sebab itu soal pencatatan perkawinan demi kelengkapan administrasi kependudukan menjadi penting. Antara lain berdasarkan alasan itu, maka pemerintah di negara manapun selalu menyediakan aturan perkawinan yang wajib dipatuhi oleh rakyat.

Berdasarkan aturan perkawinan tersebut, kedudukan setiap anggota masyarakat juga dapat dipastikan dengan baik, misalnya seorang lelaki berstatus suami, seorang wanita berstatus sebagai isteri, dan yang lainnya berkedudukan sebagai anak. Anak yang dilahirkan dari suatu perkawinan yang sah, sehingga dengan meninggalnya orang tua di belakang hari, urusan waris tentu akan menjadi jelas pula berapa bagiannya. Hal ini sangat penting, tidak terkecuali Indonesia sebagai negara hukum, maka kedudukan hukum setiap warga negaranya harus jelas dan pasti. Melalui kedudukan masing-masing, dengan sendirinya hak dan kewajiban mereka juga menjadi pasti. Suami mempunyai kewajiban sebagai kepala keluarga, isteri menjadi Ibu rumah tangga, dan anak-anak wajib berbakti kepada orang tuanya. Dari gambaran kecil ini, dapat dipahami kalau setiap anggota masyarakat itu terbukti memiliki kedudukan hukumnya sendiri sendiri, selain posisi-posisi formal dalam kaitannya dengan hidup berbangsa dan bernegara.

Pada kebanyakan bangsa, perkawinan dianggap sebagai suatu lembaga yang sakral, sehingga penghormatan dan kepatuhan terhadap aturan-aturan kawin menjadi bersifat mutlak, banyak ketentuannya yang tidak dapat disimpangi, berarti pasal-pasal dalam aturan perkawinan didominasi oleh ketentuan hukum yang berkedudukan sebagai *dwingend recht*. Bahkan agama apapun juga memberikan aturan masing-masing, dan itu semua harus ditaati oleh para pemeluknya. Tidak jarang dijumpai karena sakralnya, suatu perkawinan itu tidak dapat diputus dengan suatu perceraian. Ada agama yang mengajarkan, bahwa

apa yang sudah dipersatukan oleh Tuhan, manusia tidak boleh memutuskan. Ada juga agama lain yang mengatur bahwa saat perkawinan diselenggarakan, wajib mengikuti hukum agama yang bersangkutan.

Ajaran agama tentang perkawinan, tidak jarang sangat mempengaruhi aturan perkawinan yang dibuat oleh Negara. Misalnya seperti di Perancis dulu yang sebagian rakyatnya memeluk agama Katholik, dimana cerai itu tidak diperbolehkan, maka hukum yang mengatur perkawinan juga tidak memperbolehkan cerai, dan hal tersebut dimasukkan dalam bidang *openbaar orde* atau ketertiban umum yang tidak boleh dilanggar. Juga aturan perkawinan di dalam BW, cerai itu dipersulit, sehingga alasan-alasan cerai ditetapkan secara terbatas, hanya boleh cerai sebatas alasan-alasan yang sudah ditetapkan, di luar alasan itu orang tidak dimungkinkan untuk bercerai (lihat pasal 209 BW). Walaupun perkawinan itu didasarkan pada persetujuan kedua pihak, tetapi untuk bercerai atas dasar sepakat adalah dilarang (lihat pasal 208 BW).

Uraian tersebut di atas, menjelaskan bahwa di negara manapun perkawinan selalu diatur dalam suatu bentuk undang-undang agar supaya rakyatnya mematuhi aturan tersebut dan menghormati lembaga perkawinan sebagai dasar yang kokoh untuk membangun sebuah rumah tangga. Melalui struktur rumah tangga itulah diharapkan regenerasi manusia dapat dibangun dengan baik, sehingga melahirkan keturunan yang bermoral dan memiliki tingkat pendidikan yang lebih bagus. Cara ini tentu saja dapat menghasilkan tatanan sosial yang lebih solid dan utuh, sehingga kesejahteraan masyarakat yang dicita-citakan dapat terwujud tanpa banyak dihalang-halangi oleh konflik akibat banyaknya angka perceraian, yang selanjutnya dapat menyebabkan anak-anak mereka menjadi nakal dan menjurus pada perbuatan kriminal.

Kedudukan hukum anak menjadi sangat penting, baik dalam kacamata kehidupan sosial ataupun dalam hal pembagian waris apabila orang tuanya meninggal dunia. Kedudukan anak sah tentunya sangat urgen, terlebih-lebih kalau dibandingkan dengan anak luar kawin. Kedudukan anak tersebut, anak sah

atau anak luar kawin, sangat ditentukan oleh status perkawinan orang tua yang melahirkannya. Sesuai dengan ketentuan Pasal 42 UU Perkawinan dinyatakan bahwa anak sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah. Jelas sudah dari penegasan pasal tersebut tentang bagaimana keterkaitan lembaga perkawinan dengan posisi anak di dalam hukum untuk digolongkan sebagai anak sah atau anak luar kawin. Jadi sebuah perkawinan itu sangat menentukan kedudukan anak yang dilahirkan yang pada akhirnya akan menyangkut pula soal warisnya.

Perkawinan memang merupakan suatu perekat dari hubungan hukum yang dilakukan oleh dua orang manusia yang berlainan jenis kelamin. Perbuatan hukum kawin, akan menimbulkan akibat-akibat hukum yang lumayan panjang. Hal seperti yang dinyatakan oleh J.Satrio dalam salah satu karyanya menyatakan bahwa perkawinan mempunyai akibat hukum tidak hanya terhadap diri pribadi mereka-mereka yang melangsungkan pernikahan, hak dan kewajiban yang mengikat pribadi suami-isteri dan biasanya hak dan kewajiban inilah yang pertama-tama terpikir kalau kita bicara tentang hak dan kewajiban suami isteri tetapi lebih dari itu, mempunyai akibat hukum pula terhadap harta suami isteri tersebut.¹⁴⁹

Dalam membahas mengenai kedudukan hukum anak luar kawin di dalam suatu kelompok sosial tersebut, tidak bisa dilepaskan dari nuansa agamawi yang dianut oleh UU Perkawinan, hal ini dapat dilihat dari besarnya pengaruh agama khususnya agama Islam dalam UU Perkawinan tersebut. Setiap peristiwa hukum perkawinan mesti tidak bisa dilepaskan dari “rukun” dan “syarat” perkawinan.

Rukun adalah unsur yang melekat pada peristiwa hukum atau perbuatan hukum (misalnya akad perkawinan), baik dari segi para subyek hukum maupun obyek hukum yang merupakan bagian dari perbuatan hukum atau peristiwa hukum (akad nikah) ketika peristiwa hukum (akad nikah) tersebut berlangsung. Rukun menentukan sah atau tidak sahnya suatu

¹⁴⁹ J.Satrio, *Hukum Harta Perkawinan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991, hal.5

perbuatan atau peristiwa hukum. Jika salah satu rukun dalam peristiwa atau perbuatan hukum itu tidak terpenuhi berakibat perbuatan hukum atau peristiwa hukum tersebut adalah tidak sah dan statusnya batal demi hukum.¹⁵⁰ Demikian pula menurut ulama fikih, bahwa rukun berfungsi menentukan sah atau batalnya perbuatan hukum. Suatu perbuatan atau tindakan hukum dinyatakan sah jika terpenuhi seluruh rukunnya, dan perbuatan hukum itu dinyatakan tidak sah jika tidak terpenuhi salah satu atau lebih atau semua rukunnya.¹⁵¹

Syarat adalah hal-hal yang melekat pada masing-masing unsur yang menjadi bagian dari suatu perbuatan hukum atau peristiwa hukum. Akibat tidak terpenuhinya syarat adalah tidak dengan sendirinya membatalkan perbuatan hukum atau peristiwa hukum, namun perbuatan atau peristiwa hukum tersebut dapat dibatalkan.¹⁵²

Dalam peristiwa perkawinan antara rukun dan syarat perkawinan berakibat hukum yang berbeda, jika rukun perkawinan tidak terpenuhi, maka akibat hukumnya adalah perkawinan tersebut “batal demi hukum”, sedangkan jika syarat perkawinan tidak terpenuhi, maka perkawinan itu “dapat dibatalkan”. Misalnya syarat calon mempelai laki-laki berumur 19 tahun dan calon mempelai perempuan minimal 16 tahun, sebagaimana yang telah ditentukan di dalam Pasal 6 UU Perkawinan juncto Pasal 15 KHI. Apabila terjadi perkawinan antara lelaki yang belum berumur 19 tahun dan/atau perempuan yang belum berumur 16 tahun, maka jika rukun perkawinan terpenuhi, perkawinan tersebut adalah tetap sah. Akan tetapi, para pihak yang berhak melakukan pembatalan perkawinan dapat mengajukan permohonan pembatalan perkawinan kepada Pengadilan agama dengan alasan syarat usia minimal dari lelaki dan/atau perempuan yang menikah tersebut tidak terpenuhi (pasal 22, pasal 23 UU Perkawinan juncto Pasal 71 huruf d dan pasal 73 KHI).

¹⁵⁰ Neng Djбайдah, *Op.Cit*, hal.90

¹⁵¹ Abdul Azis Dahlan, et.al., *Ensiklopedi Hukum Islam*, Jilid 5, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 2000, hal.1510.

¹⁵² Neng Djбайдah, *Op.Cit*, hal. 92

Menurut Hukum Islam dan peraturan perundang-undangan tentang perkawinan orang Islam di Indonesia, terdapat 7 (tujuh) asas yang perlu diperhatikan agar suatu perkawinan itu dapat dikatakan sah, yaitu antara lain :

- a. Asas personalitas keislaman;
- b. Asas persetujuan;
- c. Asas kebebasan memilih pasangan;
- d. Asas kesukarelaan;
- e. Asas kemitraan suami-istri;
- f. Asas monogami terbuka; dan
- g. Asas untuk selama-lamanya.

Sedangkan di dalam UU Perkawinan, sebagaimana yang dikemukakan oleh Moch. Isnaeni yang mengibaratkan sebagai sebuah bangunan, maka UU Perkawinan ini tentu saja berlandaskan pada asas-asas sesuai nilai yang dihayati bangsa Indonesia, yakni:

1. Tujuan perkawinan adalah menciptakan keluarga yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa;
2. Perkawinan sah bila diselenggarakan berdasarkan hukum agama;
3. Pada dasarnya dianut asas monogami;
4. Calon mempelai hendaknya sudah matang jiwa dan raga;
5. Istri punya kedudukan yang sederajat dengan suami;
6. Cerai dipersulit.¹⁵³

Ad.a. Asas personalitas keislaman, merupakan salah satu asas hukum perkawinan Islam di Indonesia berdasarkan Pasal 1 dan Pasal 2 Ayat (1) UU Perkawinan juncto Pasal 40 huruf c dan Pasal 44 KHI.

Pasal 1 UU Perkawinan menyatakan bahwa : “perkawinan adalah ikatan lahir batin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami istri dengan tujuan untuk membentuk

¹⁵³ *Ibid*, hal.5

rumah tangga (keluarga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa. Ketentuan pasal ini menunjukkan unsur agamawi dari peristiwa perkawinan tersebut, karena ketentuan pasal ini adalah merupakan peraturan yang mengatur lebih lanjut mengenai dasar hukum perkawinan sebagaimana yang telah diatur didalam UUD-NRI 1945 pada Pasal 29 yang menentukan bahwa: "Negara Berdasarkan Atas Ketuhanan Yang Maha Esa. Berpedoman dari ketentuan Pasal 29 UUD-NRI 1945, maka dapat disimpulkan bahwa setiap perkawinan yang dilangsungkan di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia wajib dilakukan berdasarkan hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.

Dilihat dari konstruksi pengaturan Pasal 2 UU Perkawinan, menunjukkan bahwa masalah agama menjadi sangat dominan dalam perihal perkawinan, karena sahnya perkawinan ditentukan salah satu syaratnya harus dilangsungkan berdasarkan hukum agama. Dari sini kelihatan bahwa unsur agama begitu pentingnya, dan ini ditegaskan juga oleh Abdurrahman dan Riduan Syahrani dalam salah satu bukunya menyatakan bahwa pengertian perkawinan menurut UU No. 1 tahun 1974 bukan hanya sekedar sebagai suatu perbuatan hukum saja, akan tetapi juga merupakan suatu perbuatan keagamaan.¹⁵⁴ Bertolak dari pandangan beliau tersebut, maka jelas sekali sakralnya perkawinan dari segi agama, berdasarkan Pasal 2 UU Perkawinan, disatukan dengan urusan administrasi, yaitu soal pencatatannya urusan agama dan urusan administrasi, dalam hal perkawinan, dijadikan satu kesatuan yang tidak terpisahkan. Berarti sesuai dengan ketentuan Pasal 2 UU Perkawinan tersebut, meskipun pasal tersebut terdiri dari 2 (dua) ayat, itu adalah merupakan satu kesatuan yang tidak boleh dipisahkan. Ini penting, karena suatu undang-undang jelas merupakan suatu kesatuan, lalu dipecah-pecah menjadi pasal-pasal, kemudian bisa saja selanjutnya dipecah lagi menjadi ayat.

¹⁵⁴ Abdurrahman Dan Riduan Syahrani, *Masalah-Masalah Hukum Perkawinan Di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1978, hal.9.

Berdasarkan itu, lebih lanjut sependapat dengan pandangan Moch Isnaeni yang mengatakan bahwa kalau Pasal 2 UU Perkawinan terdiri dari 2 ayat, maka keduanya itu tetap merupakan satu kesatuan yang tidak terpisahkan. Maksudnya, suatu perkawinan sah kalau sudah diselenggarakan berdasarkan hukum agama, untuk selanjutnya dicatat sesuai dengan aturan yang berlaku. Hanya saja perlu dipahami, bahwa syarat keabsahan perkawinan seperti yang tercantum dalam pasal 2 UU Perkawinan tersebut hanya untuk jenis perkawinan domestik, dalam arti hubungan hukum perkawinan tersebut unsur-unsurnya semuanya nasional murni. Para pihak sama-sama warga Negara Indonesia, perkawinan diselenggarakan di Indonesia, dan di dalamnya tidak dimasuki unsur asing.¹⁵⁵ Sebab kalau suatu perkawinan sudah dimasuki unsur asing, berarti perkawinan yang bersangkutan, seluk-beluknya pertama-tama tidak diukur dengan norma-norma dalam UU Perkawinan, tetapi harus diukur dengan ketentuan-ketentuan Hukum Perdata Internasional (HPI).

Soal pencatatan suatu perkawinan, di Negara manapun secara universal sudah menjadi aturan umum dilakukan. Negara sangat berkepentingan terhadap masing-masing kedudukan hukum warganya untuk menentukan status dan melindungi kepentingan warga negaranya, sebab dari perkawinan yang kemudian melahirkan anak, tentu saja kepentingan anak menjadi kewajiban Negara untuk ikut mendewasakannya, misalnya untuk urusan sekolahnya maupun urusan jaminan kesehatannya. Semakin baik urusan pendidikan yang diberikan oleh Negara kepada anak-anak yang dilahirkan dari suatu perkawinan, demikian juga urusan jaminan kesehatannya, maka kedua hal tersebut akan ikut menentukan ketangguhan dan kemajuan suatu generasi bangsa dan Negara yang bersangkutan.

Setelah perkawinan dicatat sesuai aturan perundangan yang berlaku dalam register umum, bagi suami isteri lalu diberikan petikannya, atau kutipannya, yaitu berujud akta perkawinan yang berfungsi sebagai bukti bahwa perkawinan antara suami

¹⁵⁵ Moch.Isnaeni, *Op.Cit*, hal.16

isteri tersebut telah dibukukan oleh Negara, sehingga akta tersebut akan dapat dipergunakan sebagai bukti untuk melakukan perbuatan-perbuatan hukum lainnya, karena merupakan bukti yang sempurna.

Rumusan tersebut berarti bahwa perkawinan yang dilakukan tidak berdasarkan hukum agama yang dipeluk oleh orang yang akan melangsungkan perkawinan berarti perkawinan itu tidak sesuai dengan UUD-NRI 1945. Jadi menurut Hazairin, bagi orang Islam tidak ada kemungkinan untuk melakukan perkawinan dengan melanggar "hukum agamanya sendiri". Demikian pula para pemeluk agama katolik Kristen Protestan, Hindu, Budha, dan Kong Hu Cu di Indonesia.¹⁵⁶

Ad.b. Asas Kesukarelaan, merupakan suatu asas yang tidak hanya harus terdapat pada kedua calon mempelai, akan tetapi juga harus terdapat pada kesukarelaan kedua orang tua masing-masing calon mempelai.¹⁵⁷ Kesukarelaan wali pihak perempuan adalah merupakan unsur penting, karena wali nikah merupakan salah satu rukun perkawinan yang wajib dipenuhi, sebagaimana ditentukan dalam Pasal 14 KHI yang menentukan bahwa rukun nikah terdiri atas calon suami, calon istri, wali nikah, dua orang saksi lelaki, dan Ijab Kabul, jo Pasal 19 sampai dengan Pasal 23 KHI yang menentukan tentang wali nikah.

Ad.c. Asas Persetujuan, adalah merupakan asas yang sangat menentukan, karena pihak calon mempelai perempuan dalam memilih pasangan perkawinan, diberikan kebebasan untuk memilih melalui pernyataan menerima atau tidak pinangan seorang laki-laki. Hal ini dapat dilihat dari dalam hadis yang diriwayatkan oleh Jamaah kecuali Bukhari, Ahmad, Nasa'i, Muslim, dan Abu Daud, dari Ibnu "Abbas, bahwa "Rasulullah SAW, bersabda : "Perempuan janda itu lebih berhak atas dirinya

¹⁵⁶ Hazairin, *Tinjauan Mengenai UU Perkawinan Nomor :1 tahun 1974*, Tintamas, Jakarta, 1986, hal.2

¹⁵⁷ Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007, hal.139.

dari pada walinya, sedang gadis diminta izinnya dan izinnya adalah diamnya”.¹⁵⁸

Ad.d. Asas Kebebasan Memilih Pasangan, merupakan rangkaian dari asas persetujuan dan kesukarelaan, hal ini dapat dilihat dari hadis yang diriwayatkan Jamaah kecuali Muslim, dari Khansa’binti Khidam Anshariah, sebagaimana telah disebut pada asas persetujuan bahwa ayahnya telah mengawinkannya sedang ia janda, tetapi ia tidak menyukai perkawinan itu, lalu ia datang kepada Rasullulah SAW, maka Rasullulah SAW membatalkan perkawinannya itu.

Dari hadis tersebut, dapat diketahui dengan tegas bahwa setiap orang berhak untuk memilih pasangan perkawinannya secara bebas asalkan sesuai dengan syari’at Islam, yaitu tidak melanggar larangan perkawinan menurut Islam karena perkawinan adalah lembaga yang membentuk keluarga yang bahagia dan kekal sebagai sendi pokok masyarakat dan bangsa.

Ad.e. Asas Kemitraan, dalam hukum perkawinan Islam dapat dilihat dari : *pertama*, subyek hukum yaitu orang yang berakad nikah, yaitu calon suami dan isteri, yang dilaksanakan oleh walinya. *Kedua*, dalam hal yang diakadkan, atau objek akad nikah, ialah halalnya hubungan antara suami istri secara timbal balik dan segala hal yang muncul sebagai akibat perkawinan, seperti keturunan dan harta kekayaan dalam perkawinan. Kedua hal tersebut merupakan wujud kemitraan dalam kehidupan rumah tangga dan keluarga, sehubungan dengan perkawinan sebagai ibadah untuk membentuk keluarga yang sakinah, mawadah, dan warahmah, yang diikat dengan sigah berupa Ijab dan Kabul. Oleh karena itu, *ketiga*, dalam hukum Islam, berdasarkan akad nikah dengan sigat ijab Kabul itu tidak berarti terjadinya penguasaan suami terhadap istri atau sebaliknya.

Dalam akad nikah terkandung amanah dari Allah dan kedua orang tua mempelai perempuan (istri) kepada mempelai laki-laki (suami) agar dalam penyelenggaraan rumah tangga dan membina keluarga terhindar dari kesengsaraan lahir bathin

¹⁵⁸ Neng Djubaidah, *Op.Cit*, hal.101

ketika di dunia dan terhindar pula dari api neraka. Sebagaimana ditentukan dalam al-Qur'an surah at-Tahrim ayat 6 memperingatkan bahwa : "Jagalah dirimu dan keluargamu dari siksa api neraka"¹⁵⁹

Ad.f. Asas Monogami Terbuka, yaitu pada dasarnya perkawinan menurut Islam adalah monogami, tetapi dalam kondisi-kondisi tertentu, suami boleh melakukan poligami atau beristeri lebih dari satu orang dan paling banyak empat orang isteri, sebagaimana ditentukan dalam surah an-Nisa (4) ayat 3 bahwa: "Dan jika kamu takut tidak akan dapat berlaku adil terhadap (hak-hak) anak-anak yatim, maka nikahilah wanita-wanita (lain) yang kamu senangi, dua, tiga, atau empat. Kemudian jika kamu takut tidak dapat berlaku adil maka (nikahilah) seorang saja, atau budak-budak yang kamu miliki. Yang demikian itu adalah lebih dekat kepada tidak berbuat aniaya."¹⁶⁰

Kebolehan melakukan poligami bagi suami adalah pintu darurat, karena poligami dalam hukum perkawinan Islam bukanlah asas. UU Perkawinan pada Pasal 3, Pasal 4, Pasal 5 dan Pasal 65 juncto PP No.9 Tahun 1975 juncto KHI telah mengatur tentang syarat alternatif dan syarat kumulatif bagi suami yang akan melakukan poligami. Hal ini tidak bertentangan dengan Hukum Islam, karena memang asas perkawinan dalam Islam adalah monogami terbuka.

Ad.g. Asas Untuk Selama-lamanya, tujuan perkawinan adalah untuk selama-lamanya, bukan untuk sementara waktu dan untuk sekedar bersenang-senang atau rekreasi semata. Dalam hadis yang diriwayatkan Abu Daud dan Ibnu Majah, dari Ibnu mar, bahwa Nabi saw, bersabda : "perkara halal yang paling dibenci Allah'azza wajalla adalah talak (cerai)."¹⁶¹ Oleh karena itu perceraian tidak boleh dilakukan sewenang-wenang oleh suami terhadap istrinya.

Bertolak dari uraian pembahasan pada sub-sub bab di atas, nampak dengan jelas bahwa lembaga perkawinan adalah

¹⁵⁹ Neng Djubaidah, *ibid*, hal.103

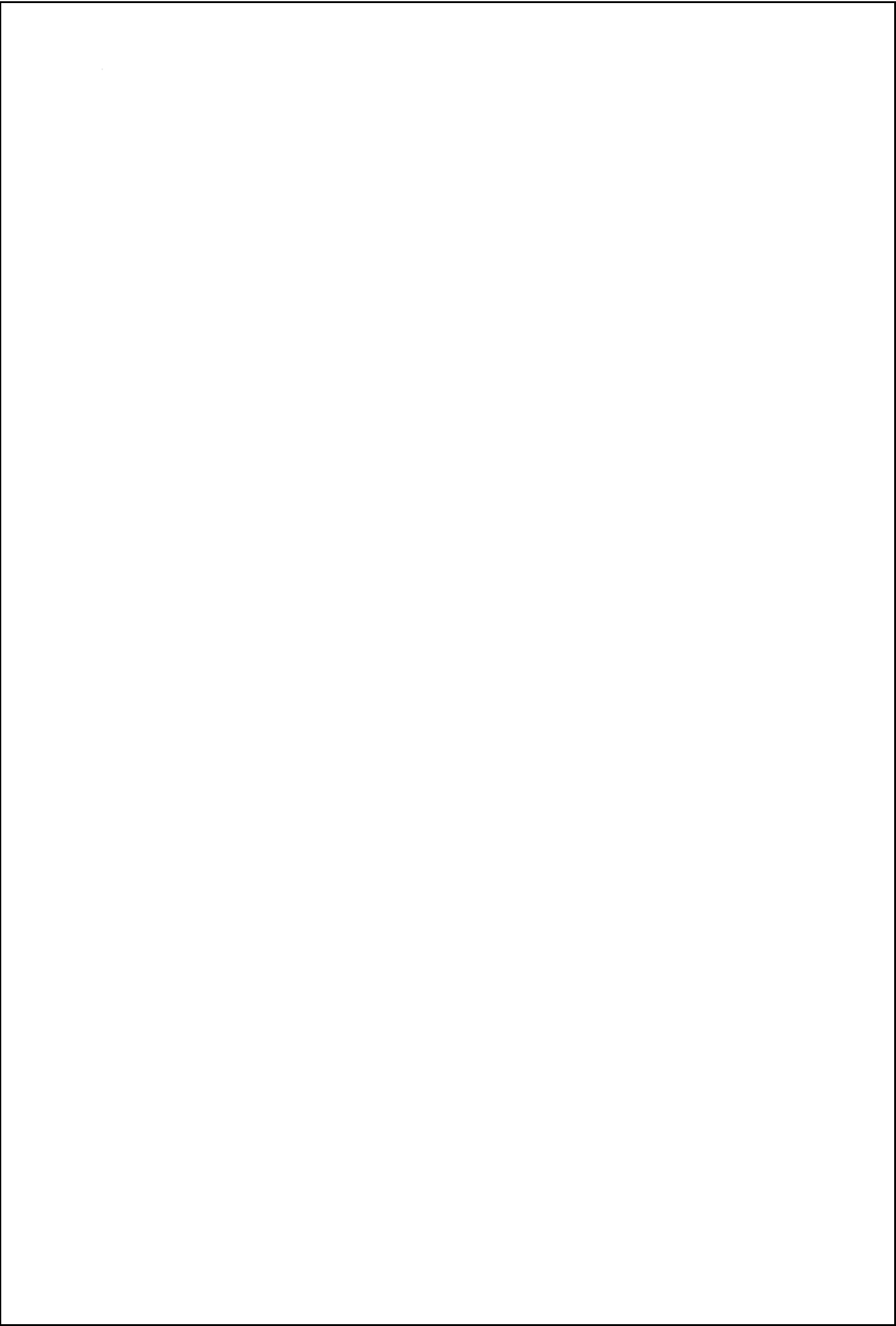
¹⁶⁰ Departemen Agama, Alquran.. jilid 1 Dalam Neng Djubaidah, hal.104

¹⁶¹ Departemen Agama, Alquran.. jilid 1 Dalam Neng Djubaidah, hal.104

merupakan suatu lembaga yang sangat sakral dan kesakralannya tidak terlepas dari adanya unsur-unsur agamawi yang mempengaruhi suatu peristiwa perkawinan. Perkawinan yang sah akan melahirkan anak yang sah, demikian pula sebaliknya bilamana perkawinannya tidak dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perkawinan, maka anak-anak yang dilahirkannya-pun menjadi anak yang tidak sah. Anak yang dilahirkan sebagai akibat dari perkawinan yang tidak sah disebut anak luar kawin. UU Perkawinan sampai saat ini belum mengatur secara utuh mengenai kedudukan anak luar kawin, karena hanya mengatur hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya saja, sedangkan pengaturan mengenai hubungan dengan ayah biologisnya belum tuntas. Hal mana dapat dilihat dari rumusan ketentuan Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2) UU Perkawinan.

Di dalam ayat (1) dinyatakan bahwa “anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, sedangkan di dalam ayat (2) nya di sebutkan bahwa “kedudukan anak tersebut dalam ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam Peraturan Pemerintah.”

Dari rumusan ketentuan pasal tersebut di atas, kalau dilihat dari sejak diundangkannya UU Perkawinan sampai dengan saat ini sudah berlangsung hampir melebihi setengah abad, ternyata Peraturan Pemerintah yang dijanjikan untuk memberikan kepastian hukum mengenai kedudukan anak luar kawin sampai saat ini belum ada. Untuk itu nampak dengan jelas bahwa pengaturan mengenai hakekat kedudukan anak luar kawin sampai saat ini masih setengah jalan dan belum tuntas, karena baru memberikan kepastian mengenai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya saja, sedangkan hubungan dengan ayah biologisnya belum ada, dengan demikian perlindungan hukum yang diberikan oleh negara terhadap anak luar kawin sampai saat ini belum berjalan secara utuh dan bulat.



BAB III

RATIO LEGIS PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 46/PUU-VIII/2010 DALAM PERSPEKTIF PERLINDUNGAN HUKUM ANAK LUAR KAWIN.

3.1. Anak Sebagai Generasi Penerus.

Wikipedia memberikan pengertian anak adalah : anak (jamak: anak-anak) adalah seorang lelaki atau perempuan yang belum dewasa atau belum mengalami masa pubertas. Anak juga merupakan keturunan kedua, di mana kata “anak” merujuk pada lawan dari orang tua, orang dewasa adalah anak dari orang tua mereka, meskipun mereka telah dewasa. Menurut psikologi, anak adalah periode perkembangan yang merentang dari masa bayi hingga usia lima atau enam tahun, periode ini biasanya disebut dengan periode prasekolah, kemudian berkembang setara dengan tahun sekolah dasar. Walaupun begitu istilah ini juga sering merujuk pada perkembangan mental seseorang, walaupun usianya secara biologis dan kronologis seseorang sudah termasuk dewasa, namun apabila perkembangan mentalnya ataukah urutan umurnya maka seseorang dapat saja diasosiasikan dengan istilah “anak”.¹⁶² Di dalam disertasi ini anak yang dimaksud adalah mereka yang berusia diantara 0 tahun sampai dengan 18 tahun.

Anak sebagai generasi penerus tidak bisa dilepaskan dari rencana pembangunan nasional. Pembangunan Nasional yang

¹⁶² [www.google.com-http://id.wikipedia.org/wiki/anak](http://id.wikipedia.org/wiki/anak). Diakses tanggal 25 Desember 2013.

sedang berlangsung dan perlunya suatu kesinambungan yang saat ini berjalan adalah untuk menciptakan cita-cita bangsa, oleh karena itu diperlukan sumber daya manusia yang berkemampuan dan berkualitas untuk menyelenggarakan pembangunan. Demi cita-cita nasional untuk mencapai kesejahteraan yang adil dan makmur serta menciptakan masyarakat madani.¹⁶³ Hal mana sesuai dengan yang telah dirumuskan didalam pembukaan UUD-NRI 1945 yang menentukan bahwa Negara melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia.

Hakikat adil dapat dilihat dari rumusan sila ke-2 dari Pancasila yaitu “Kemanusiaan yang adil dan beradab”. Rumusan sila kemanusiaan yang adil dan beradab memiliki makna kesesuaian sifat-sifat dan keadaan serta hakikat Negara dengan hakikat manusia yang bersifat “monopluralis”. Hakikat manusia monopluralis tersimpul hubungan manusia selengkapnyanya yaitu meliputi hubungan manusia dengan dirinya sendiri, manusia dengan manusia lainnya, dan manusia dengan Tuhannya.¹⁶⁴ Salah satu prioritas dalam pembangunan yaitu diperlukan sumber daya manusia yang berkualitas, guna mencapai sumber daya manusia tersebut, diperlukan pengembangan dan perubahan paradigma bahwa pembangunan akan berhasil apabila ditunjang dengan sumber daya manusia yang sehat lahir dan bathin sejak mereka masih berada di dalam kandungan, kemudian lahir, tumbuh dan berkembang sampai dewasa dan mampu mandiri.

Manusia sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa, sejak dilahirkan merupakan makhluk pribadi yang tersusun atas jasmani dan rokhani. Ia memiliki akal budi dan kehendak yang pada awalnya merupakan suatu potensi, yang harus berkembang terus-menerus untuk menjadi pribadi yang sempurna dan

¹⁶³ Faisal Santiago, “Pembangunan Sumber Daya Manusia (SDM) Dalam Rangka Pembangunan Hukum”, *Dalam Memahami Hukum Dari Konstruksi Sampai Implementasi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009, hal.54.

¹⁶⁴ Kaelan, *Filsafat Pancasila Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*, Paradigma, Yogyakarta, 2002, hal.169

mencapai tujuan eksistensinya. Sehubungan dengan itu ia diberi hak-hak asasi manusia sebagai manusia. Dia tidak hanya berhak menggunakan hak-haknya itu, namun juga wajib menggunakannya karena hanya secara demikian manusia dapat mengembangkan tugasnya dan mencapai eksistensinya.

Pembangunan pada hakikatnya adalah upaya untuk mewujudkan masyarakat adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD-NRI 1945, karena itu pembangunan perlu dan terus dilaksanakan, tidak terkecuali pembangunan terhadap sumber daya manusia. Pengembangan sumber daya manusia adalah merupakan suatu proses jangka panjang untuk meningkatkan potensi dan efektivitas komponen bangsa, yaitu manusia Indonesia dari generasi ke-generasi.

Manusia Indonesia (SDM) berkualitaslah yang bisa berkiprah dalam melaksanakan pembangunan di segala bidang. Perubahan yang begitu cepat dan sangat dinamis adalah ciri yang sangat utama dalam meneruskan keberlanjutan suatu bangsa. Sumber daya manusia yang tidak berkualitas dan tidak berkompetensi sudah pasti tidak akan dipakai atau dipergunakan dalam roda pembangunan ini.

Anak sebagai bagian dari sumber daya manusia yang utama dari suatu generasi bangsa adalah merupakan suatu amanah sekaligus karunia Tuhan Yang Maha Esa, yang senantiasa harus kita jaga karena dalam dirinya melekat harkat dan martabat dan hak-hak sebagai manusia yang harus dijunjung tinggi. Hak asasi anak merupakan bagian dari hak asasi manusia yang termuat dalam UUD-NRI 1945 dan Konvensi Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang Hak-Hak Anak. Dari sisi kehidupan berbangsa dan bernegara, anak adalah masa depan bangsa dan generasi penerus cita-cita bangsa, sehingga setiap anak tidak terkecuali anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang, berpartisipasi serta berhak atas perlindungan dari tindak kekerasan dan diskriminasi serta hak sipil dan kebebasan.

Di dalam UU Kesejahteraan anak disebutkan bahwa anak diperlukan dengan beberapa pertimbangan, yaitu diantaranya bahwa anak adalah potensi serta penerus cita-cita bangsa yang dasar-dasarnya telah diletakkan oleh generasi sebelumnya. Agar setiap anak mampu memikul tanggungjawab tersebut, maka ia perlu mendapat kesempatan yang seluas-luasnya untuk tumbuh dan berkembang dengan wajar baik secara rohani, jasmani maupun sosial.

Dalam penjelasan UU Kesejahteraan anak, secara umum dikatakan bahwa suatu bangsa dalam membangun dan mengurus rumah tangganya harus mampu membentuk dan membina suatu tata penghidupan serta kepribadiannya. Usaha ini merupakan suatu usaha terus-menerus, dari generasi kegenerasi. Untuk menjamin usaha tersebut, perlu setiap generasi dibekali oleh generasi terdahulu dengan kehendak, kesediaan, dan kemampuan serta ketrampilan untuk melaksanakan tugas itu. Hal ini hanya akan dapat tercapai bila generasi muda selaku generasi penerus mampu memiliki dan menghayati falsafah hidup bangsa. Untuk itu perlu diusahakan agar generasi muda memiliki pola perilaku yang sesuai dengan norma-norma yang berlaku dalam masyarakat. Guna mencapai maksud tersebut diperlukan usaha-usaha pembinaan, pemeliharaan, dan peningkatan kesejahteraan anak.

Bagi bangsa Indonesia, Pancasila merupakan pandangan hidup dan dasar tata masyarakat. Karena itu, usaha-usaha untuk memelihara, membina, dan meningkatkan kesejahteraan anak haruslah didasarkan pada falsafah Pancasila dengan maksud untuk menjamin kelangsungan hidup dan kepribadian bangsa. Oleh karena anak baik secara rohani, jasmani maupun sosial belum memiliki kemampuan untuk berdiri sendiri, maka menjadi kewajiban bagi generasi terdahulu untuk menjamin, memelihara, dan mengamankan kepentingan anak itu.

Indonesia sebagai bagian dari masyarakat Internasional telah memberikan perlindungan hukum kepada anak melalui tindakan nyata dengan ikut meratifikasi konvensi hak-hak anak yang telah disepakati dalam sidang Majelis Umum (*General As-*

sembly) PBB ke 44 yang telah dituangkan dalam resolusi PBB Nomor 44/25 tanggal 5 Desember 1989. Konvensi Hak anak ini merupakan hukum Internasional yang mengikat Negara peserta (*state parties*), termasuk Indonesia.

Berdasarkan materi hukum yang tercakup di dalam Konvensi hak anak, dapat dikualifikasi beberapa isi konvensi, yaitu :

- 1) Penegasan hak-hak anak;
- 2) Perlindungan anak oleh negara;
- 3) Peran serta berbagai pihak (pemerintah, masyarakat, dan swasta) dalam menjamin penghormatan terhadap hak-hak anak.¹⁶⁵

Konvensi hak anak terdiri atas 54 (lima puluh empat) pasal yang berdasarkan materi hukumnya mengatur mengenai hak-hak anak dan mekanisme implementasi hak anak oleh negara peserta yang meratifikasi konvensi hak anak. Materi hukum mengenai hak-hak anak dalam Konvensi hak anak tersebut, dapat dikelompokkan menjadi 4 (empat) katagori hak-hak anak, yaitu :

- 1) Hak terhadap kelangsungan hidup (*survivalrights*), yaitu hak-hak anak dalam Konvensi hak Anak yang meliputi hak-hak untuk melestarikan dan mempertahankan hidup (*the right of life*) dan hak untuk memperoleh standar kesehatan tertinggi dan perawatan yang sebaik-baiknya (*the right to the highest standart of health and medical care attainable*).
- 2) Hak terhadap Perlindungan (*protectionrights*), yaitu hak-hak anak dalam Konvensi Hak Anak yang meliputi hak perlindungan dari diskriminasi, tindak kekerasan dan keterlantaran bagi anak yang tidak mempunyai keluarga bagi anak-anak pengungsi.

¹⁶⁵ Hadisuprpto,Paulus, "Peranan Orangtua Dalam Pengimplementasian Hak-Hak Anak dan Kebijakan Penanganan Anak Bermasalah," Dalam jurnal Pembangunan Kesejahteraan Sosial, Dewan Nasional Indonesia Untuk Kesejahteraan Sosial, Jakarta, Nomor 7, Maret 1996, hal. 35.

- 3) Hak untuk Tumbuh Kembang (*development rights*), yaitu hak-hak anak dalam Konvensi Hak anak yang meliputi segala bentuk pendidikan (formal dan non formal) dan hak untuk mencapai standar hidup yang layak bagi perkembangan fisik, mental, spiritual, moral dan sosial anak.
- 4) Hak untuk berpartisipasi (*participation right*), yaitu hak-hak anak dalam Konvensi Hak Anak yang meliputi hak anak untuk menyatakan pendapat dalam segala hal yang mempengaruhi anak (*the rights of a child to express her/ his views in all matters affecting that child*).

Anak merupakan buah alami dari kuatnya kasih sayang suami isteri. Status sebagai suami isteri yang berkedudukan sebagai ayah dan ibu bagi anak-anak merupakan kedudukan yang sangat mulia penuh makna sebagai ekspresi bahwa Tuhan telah melimpahkan rahmat-Nya sehingga keduanya saling dianugrahi rasa kasih dan perasaan tertarik, serta perasaan terikat satu sama lain secara langgeng, hal ini dapat dilihat dari tujuan perkawinan menurut UU Perkawinan adalah membentuk keluarga yang bahagia dan kekal.

Ikatan yang kuat antara orang tua dan anak-anaknya merupakan salah satu bentuk hubungan antar manusia yang paling teguh dan mulia. Tuhan telah memelihara dan menjamin agar hubungan kuat tersebut langgeng dan berkembang sebagai upaya untuk menjaga kelangsungan hidup manusia dan mempertahankan eksistensinya.

Ada sejumlah aturan-aturan umum dan prinsip-prinsip dasar sebagai pedoman, dimana hampir di semua agama mengajarkan bahwa menjaga kelangsungan hidup dan perkembangan anak merupakan keharusan, sedangkan meremehkan atau mengendorkan pelaksanaan prinsip-prinsip dasar tersebut dianggap sebagai suatu dosa besar. Dalam ajaran Islam prinsip-prinsip dasar tersebut antara lain dinyatakan dalam :

1. Surat IV , An-Nisaa ayat 29, dinyatakan bahwa : “Dan janganlah kamu membunuh dirimu”
2. Surat VI , Al-An’aam ayat 151), dinyatakan bahwa : “....., dan janganlah kamu membunuh jiwa yang diharamkan Al-

lah (membunuhnya) melainkan dengan sesuatu (sebab) yang benar” ,

3. Surat V,Al-Maidah ayat 32 dinyatakan bahwa : “Barang siapa yang membunuh seorang manusia, bukan karena orang itu (membunuh) orang lain, atau bukan karena membuat kerusakan di muka bumi, maka seakan-akan dia telah membunuh manusia seluruhnya”.
4. Surat II,Al-Baqarah, ayat 195 dinyatakan bahwa : “....., dan janganlah kamu menjatuhkan dirimu sendiri ke dalam kebinasaan,.....”.¹⁶⁶

Orang tua, keluarga dan masyarakat bertanggungjawab untuk menjaga dan memelihara hak asasi tersebut sesuai dengan kewajiban yang dibebankan oleh hukum. Demikian pula dalam rangka penyelenggaraan perlindungan anak, Negara dan pemerintah bertanggungjawab menyediakan fasilitas dan aksesibilitas bagi anak, terutama dalam menjamin pertumbuhan dan perkembangannya secara optimal dan terarah.

Karena anak baik secara rohani, jasmani maupun sosial belum memiliki kemampuan untuk mandiri, sehingga menjadi kewajiban bagi generasi yang terdahulu yang berkedudukan selaku orang tua bagi anak-anak, tidak terkecuali terhadap anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya tersebut untuk menjamin, memelihara dan mengamankan kepentingan anak luar kawin tersebut. Hal ini sejalan dengan pandangan yang disampaikan oleh Zakiah Drajat didalam sebuah bukunya mengatakan bahwa pemeliharaan, jaminan dan pengamanan kepentingan anak ini selayaknya dilakukan oleh pihak-pihak yang mengasuhnya dibawah pengawasan dan bimbingan Negara, dan apabila perlu, oleh Negara sendiri. Karena kewajiban inilah, yang bertanggungjawab atas

¹⁶⁶ Al-Husaini Abdul Majid Hasyim Dkk, *Mengasuh Anak Menurut Ajaran Islam*, Unicef Indonesia, Jakarta, 1986, hal.24-25.

tuntutan anak wajib pula melindunginya dari gangguan-gangguan yang datang dari luar maupun dari anak itu sendiri.¹⁶⁷

3.2. Perlindungan Anak Luar Kawin Sebagai Generasi Penerus Dalam Perspektif UU Nomor 23 Tahun 2002 Sebagaimana Telah Dirubah Dengan Undang-Undang Nomor 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak .

Anak adalah bagian dari generasi muda sebagai salah satu sumber daya manusia yang merupakan potensi dan penerus cita-cita perjuangan bangsa, yang memiliki peranan setrategis dan mempunyai ciri dan sifat khusus, memerlukan pembinaan dan perlindungan dalam rangka menjamin pertumbuhan dan perkembangan fisik, mental, dan social secara utuh, serasi, selaras, dan seimbang.

Di dalam pertimbangan UU Perlindungan anak dinyatakan bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia menjamin kesejahteraan tiap-tiap warga negaranya, termasuk perlindungan terhadap hak anak yang merupakan hak sasi manusia , akan tetapi realitas keadaan anak dimuka peta bumi Indonesia ini masih belum menggembirakan. Nasib mereka belum seindah ungkapan verbal yang kerap kali memposisikan anak bernilai, penting, sebagai permata hati, dan bahkan sering disebut dengan istilah generasi penerus masa depan bangsa. Pada tataran hukum, hak-hak yang diberikan oleh hukum kepada anak belum sepenuhnya bisa ditegakkan apalagi terhadap anak yang lahir diluar perkawinan sah atau anak luar kawin. Hak-hak anak sebagaimana dimaksud dalam dokumen hukum mengenai perlindungan hak-hak anak masih belum cukup ampuh bisa menyingkirkan keadaan yang buruk bagi anak termasuk terhadap anak-anak yang lahir dari perkawinan yang tidak sah atau anak luar kawin.

¹⁶⁷ Zakiah Dradjat, *Ketenangan dan Kebahagiaan Dalam Keluarga*, Bulan Bintang, Jakarta, 1974, hal.40

Di dalam UUD-NRI 1945 dinyatakan secara tegas bahwa Negara Indonesia adalah negara hukum. Pengakuan hukum dan keadilan merupakan salah satu syarat mutlak dalam mencapai tujuan nasional. Tujuan nasional yang dimaksud disini adalah tegaknya Negara hukum yang dijamin UUD-NRI 1945. Salah satu prinsip Negara hukum adalah adanya ketentuan jaminan konstitusi atau UUD-NRI 1945 dalam proses hukum yang adil (*due process of law*), yakni setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil, serta perlakuan yang sama di hadapan hukum (*equality before the law*).

Anak secara umum tidak terkecuali anak luar kawin sebagai makhluk Tuhan Yang Maha Esa dan makhluk sosial, sejak dalam kandungan telah mempunyai hak atas hidup dan merdeka serta berhak mendapatkan perlindungan baik dari orang tua, keluarga, masyarakat, bangsa dan Negara. Oleh karena itu, tidak ada setiap manusia atau pihak lain yang boleh merampas hak atas hidup dan merdeka tersebut. Bila anak itu masih dalam kandungan orang tuanya dan orang tua tersebut selalu berusaha untuk menggugurkan anaknya yang masih dalam kandungan tersebut, maka orang tua tersebut akan diproses secara hukum untuk mempertanggungjawabkan perbuatannya. Apalagi anak yang telah dilahirkan, maka hak atas hidup dan hak merdeka sebagai hak dasar dan kebebasan dasar tidak dapat dilenyapkan atau dihilangkan, tetapi harus dilindungi dan diperluas hak atas hidup dan hak merdeka tersebut. Karena hak asasi anak tersebut adalah merupakan bagian dari hak asasi manusia yang mendapat jaminan dan perlindungan hukum baik hukum nasional maupun hukum internasional. Secara universal dilindungi dalam *Universal Declaration of Human Right* (UDHR) dan *International on Civil and Political Rights* (ICPR). Bahkan hak asasi anak harus diperlakukan berbeda dengan orang dewasa, yang diatur secara khusus dalam konvensi-konvensi Internasional khusus.

Hak asasi anak diperlakukan berbeda dari orang dewasa tersebut, karena anak sejak masih dalam kandungan, dilahirkan, tumbuh dan berkembang sampai menjadi orang dewasa, masih dalam keadaan tergantung, belum mandiri dan bahkan memerlukan perhatian/perlakuan khusus baik dalam gizi, kesehatan,

pendidikan, pengetahuan, agama dan keterampilan, pekerjaan, keamanan, bebas dari rasa takut, bebas dari rasa kekhawatiran maupun kesejahteraannya.¹⁶⁸ Perlakuan khusus tersebut berupa mendapat perlindungan hukum dalam mendapatkan hak sipil, hak politik dan ekonomi, hak sosial maupun hak budaya yang lebih baik.

Perlindungan hukum bagi anak dapat dilakukan sebagai upaya perlindungan hukum terhadap berbagai kebebasan dan hak asasi anak serta berbagai kepentingan yang berhubungan dengan kesejahteraan anak. Jadi perlindungan hukum bagi anak mencakup lingkup yang sangat luas.¹⁶⁹

Dalam perspektif kenegaraan, komitmen Negara untuk melindungi warga negaranya termasuk didalamnya terhadap anak dan tidak terkecuali perlindungan terhadap anak-anak yang lahir diluar perkawinan, dapat dilihat di dalam pembukaan UUD-NRI 1945 pada alinea ke-4 yang menentukan :

“... kemudian dari pada itu untuk membentuk suatu pemerintahan Negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial,”

Komitmen yuridis negara untuk melindungi warga negaranya khususnya perlindungan terhadap anak, lebih lanjut dijalankan dalam Pasal 28B Ayat (2) UUD-NRI 1945 yang menentukan bahwa : “setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”.

Dari rumusan ketentuan pasal tersebut di atas, anak perlu mendapatkan perlindungan hukum, tidak saja perlindungan

¹⁶⁸ H.R.Abdussalam, *Hukum Perlindungan Anak*, PTIK, Jakarta, 2012, hal.2

¹⁶⁹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998, hal.153.

terhadap anak-anak yang terlahir dari perkawinan yang sah, namun juga terhadap anak-anak yang dilahirkan diluar perkawinan yang sah atau anak luar kawin. Konsep perlindungan anak yang dimaksud adalah perlindungan hukum terhadap anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh pasangan laki-laki dengan wanita dimana si laki-laki masih terikat tali perkawinan yang sah dengan isteri-nya. Perlindungan hukum yang dimaksud disini adalah perlindungan hukum secara represif dan perlindungan hukum secara preventif.

Perlindungan hukum secara preventif dalam hal ini dimaknai sebagai perlindungan terhadap hak-hak normatif yang diberikan oleh Negara terhadap anak luar kawin yang lahir dari perkawinan siri yang dilakukan oleh seorang laki-laki sebagai ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya. Sedangkan perlindungan hukum represif dimaknai sebagai perlindungan hukum terhadap hak-hak anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, untuk mempertahankan atau membela hak-hak normatif yang dimilikinya ketika terjadi perselisihan antara ibu kandungnya dengan ayah biologisnya yang melakukan perkawinan siri tersebut, padahal ayah biologisnya ini masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya. Konsep perlindungan hukum ini beranjak dari pemikiran yang mendasar, bahwa pada prinsipnya kedudukan anak luar kawin sebagai akibat dari hasil perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan wanita lain adalah mempunyai kedudukan yang sangat lemah termasuk posisi ibu kandungnya yang sangat lemah jika dibandingkan dengan posisi ayah biologisnya yang melakukan perkawinan secara siri yang menyebabkan kelahirannya kedunia ini. Sehingga perlu ada perlindungan hukum dari Negara dalam hal ini pemerintah melalui pengaturan dalam perundang-undangan agar keadilan sebagai tujuan hukum sekaligus keadilan dan kesejahteraan bagi anak luar kawin akibat perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki yang masih terikat tali perkawinan sah

ini dapat diwujudkan dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang berlandaskan Pancasila dan UUD-NRI 1945.

Ditinjau dari teori Hak Asasi Manusia, perlindungan hukum terhadap anak luar kawin dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan istrinya, maka teori yang relevan digunakan sebagai dasar analisis adalah teori hak-hak alami (*natural rights theory*) dan teori positivist (*positivist theory*). Berdasarkan teori hak-hak alami, bahwa adanya bukti hubungan darah antara anak luar kawin dari perkawinan siri dengan ayah biologisnya, maka anak luar kawin ini tidak diperlakukan diskriminatif dengan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah baik didalam pergaulan masyarakat maupun negara. Hal mana sesuai dengan apa yang dikemukakan oleh Todung Mulya Lubis dalam Majda El Muhtaj yang menyebutkan hak-hak alamiah adalah merupakan hak yang dimiliki oleh seluruh manusia pada segala waktu dan tempat berdasar takdirnya sebagai manusia (*human right are rights that belong to all human being at all times and in all places by virtue of being born as human beings*).¹⁷⁰

Namun demikian pengakuan atas kedudukan hukum anak luar kawin dari perkawinan siri didalam upaya mendapatkan hak-haknya sebagai anak hasil dari suatu hubungan antara seorang wanita dengan seorang laki-laki dikaitkan dengan teori positivis, harus tertuang dalam hukum yang riil, yaitu sebagai hak yang dijamin dalam konstitusi Negara. Dengan demikian hak untuk hidup seperti halnya anak luar kawin dari perkawinan siri dapat dimiliki oleh setiap manusia dan hak itu harus dituangkan dengan mengaturnya di dalam konstitusi atau ketentuan hukum yang konkrit. Sehingga dengan prinsip hak-hak asasi manusia itu akan memberikan jaminan keadilan dan kepastian hukum bagi anak luar kawin dari perkawinan siri yang terlahir akibat dari adanya perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki sebagai ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan perempuan lainnya.

¹⁷⁰ Majda El Muhtaj, *Op. Cit.* hal.7-8

Bila anak luar kawin ini sejak masih dalam kandungan sampai dilahirkan, tumbuh dan berkembang menjadi dewasa kurang mendapatkan perhatian dan perlindungan dari orang tua biologisnya, keluarga, masyarakat, bangsa dan negara, maka anak luar kawin yang menjadi orang dewasa melalui proses tersebut yang bersangkutan tidak akan dapat mengerti dan memahami hak sipil, hak politik, hak ekonomi, hak sosial dan hak budaya sesuai dengan apa yang diharapkan dalam ketentuan hukum yang telah ditetapkan. Hal tersebut akan sangat merugikan anak-anak sebagai generasi penerus masa depan, keluarga, masyarakat, bangsa dan negara yang akan menimbulkan berbagai kerawanan bila menjadi tiang dan fondasinya.

Untuk menghindari terjadinya hal-hal yang tidak diinginkan di kemudian hari, maka semua anak yang dilahirkan, baik itu anak-anak yang lahir melalui perkawinan sah maupun anak-anak yang lahir dari perkawinan yang tidak sah perlu diberikan perlindungan hukum yang maksimal sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai generasi penerus bangsa, sehingga dapat terwujud adanya perlakuan yang adil terhadap anak pada umumnya dan anak luar kawin dari perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki yang masih terikat tali perkawinan sah pada khususnya. Perlindungan tersebut tidak saja dibebankan kepada ibu dan keluarga ibunya saja, akan tetapi juga dibebankan kepada ayah biologisnya, sehingga selaku pihak yang membuahkan anak luar kawin tersebut tidak serta merta bisa melepaskan diri dari tanggungjawab sebagai ayahnya yang mempunyai kewajiban untuk memelihara anak tersebut dari sejak didalam kandungan, dilahirkan, tumbuh menjadi dewasa dan mampu mandiri.

Bilamana dilihat dari prinsip keadilan, maka Teori keadilan yang digunakan sebagai dasar analisis perlindungan anak luar kawin akibat perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki yang masih terikat tali perkawinan sah adalah teori keadilan Aristoteles, dan teori keadilan John Rawls.

Aristoteles memandang keadilan adalah kebajikan yang utama.¹⁷¹ Menurutnya bahwa untuk hal-hal yang sama diperlakukan secara sama, dan yang tidak sama diperlakukan juga secara tidak sama secara proporsional. Aristoteles membagi keadilan menjadi dua bentuk, yaitu pertama keadilan distributif yaitu keadilan yang ditentukan oleh pembuat undang-undang, distribusinya memuat jasa, hak, dan kebaikan bagi anggota-anggota masyarakat menurut prinsip kesamaan proporsional. Kedua, keadilan korektif yaitu keadilan yang menjamin, mengawasi dan memelihara distribusi itu melawan serangan-serangan illegal. Fungsi korektif keadilan pada prinsipnya diatur oleh hakim dengan menstabilkan kembali status quo melalui pengembalian milik korban yang bersangkutan atau dengan cara mengganti atas miliknya yang hilang.

Teori keadilan John Rawls, pada prinsipnya memandang bahwa keadilan sebagai *fairness*, menuntut prinsip kebebasan yang sama sebagai basis yang melandasi pengaturan kesejahteraan sosial. Prinsip keadilan menurutnya adalah prinsip kebebasan yang sama bagi setiap orang (*the greatest equal principle*), bahwa setiap orang harus memiliki hak yang sama atas dasar yang paling luas, seluas kebebasan yang sama bagi semua orang. Ini merupakan hal yang paling mendasar (hak asasi) yang harus dimiliki semua orang. Dengan kata lain, hanya dengan adanya jaminan kebebasan yang sama bagi semua orang, maka keadilan akan terwujud.¹⁷²

Berbicara mengenai keadilan, bangsa Indonesia mengakui bahwa keadilan yang absolut hanya ada pada Tuhan yang Maha Esa. Sila pertama dari Pancasila merupakan konsep keadilan yang sesungguhnya, seadil-adilnya, dan maha adil. Dalam kedudukan Pancasila sebagai suatu system filsafat dimana antara sila satu dengan sila yang lainnya saling terkait. Peninjauan kelima sila Pancasila dalam kesatuannya terutama diperlukan untuk memahami keterkaitan antara satu sila dengan sila lainnya, artinya pemahaman secara utuh. Tentunya tidak mungkin

¹⁷¹ Agus Yuda Hernoko, *Op.Cit*, hal.36

¹⁷² Budiarta I Nyoman Putu, *Op.Cit*, hal.305

untuk memahami keadilan sosial yang sesuai dengan pandangan hidup bangsa Indonesia, tanpa memperhatikan nuansa keagamaannya yang berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa.

Pemaknaan konsep keadilan harus diterjemahkan dalam hubungannya dengan Pancasila sebagai bangsa yang harus merasakan keadilan itu. Oleh karena itu dalam kaitannya dengan peraturan perlindungan hukum terhadap anak luar kawin hasil perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat didalam perkawinan sah berdasarkan konsep keadilan Pancasila, pengaturannya dilakukan dengan pengaturan hukum yang sifatnya mengayomi bangsa, yakni melindungi manusia secara pasif (negatif) dengan mencegah tindakan-tindakan yang sewenang-wenang. Secara aktif (positif) dengan menciptakan kondisi kemasyarakatan yang manusiawi yang memungkinkan proses kemasyarakatan berlangsung secara wajar, sehingga secara adil setiap manusia memperoleh kesempatan yang luas untuk mengembangkan seluruh potensi kemanusiaannya secara utuh.¹⁷³ Pengayoman dalam hal ini berarti rasa keadilan yang ada pada nurani manusia Indonesia harus dipenuhi. Dalam pengertian yang demikian ini, konsep keadilan menurut pandangan bangsa Indonesia diartikan sebagai suatu kebajikan atau kebenaran. Pengertian yang demikian ini bertolak pada pandangan tentang konsep keadilan yang didasarkan pada sila Ketuhanan Yang Maha Esa dengan sila Kemanusiaan Yang Adil dan Beradab, seperti yang dikemukakan oleh Mohammad Hatta.¹⁷⁴

Sila Ketuhanan Yang Maha Esa menjadi dasar yang memimpin cita-cita Negara, yang memberikan jiwa kepada usaha dan menyelenggarakan segala yang benar, adil dan baik. Sedangkan sila kemanusiaan yang adil dan beradab adalah kelanjutan perbuatan dan praktek hidup dari dasar yang memimpin tadi. Dasar kemanusiaan yang adil dan beradab harus menyusul,

¹⁷³ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2006, hal.46

¹⁷⁴ Mohammad Hatta dalam Ruslan Saleh, *Penjabaran Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945*, Aksara Baru, Jakarta, 1979, hal.45

berkaitan dengan dasar yang pertama. Letaknya tidak dapat terpisahkan sebab dia harus dipandang sebagai kelanjutan kedalam praktek hidup dari cita-cita dan amal terhadap Tuhan Yang Maha Esa. Konsep keadilan ini tidak saja menjadi dasar hukum dari kehidupan bangsa, tetapi sekaligus menjadi pedoman pelaksanaan dan tujuan yang akan dicapai dengan hukum. Keadilan sosial adalah langkah yang menentukan untuk mencapai Indonesia yang adil dan makmur.¹⁷⁵ Langkah pertama untuk mencapai kearah itu adalah dengan melaksanakan ketentuan pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2) dan Pasal 28 D ayat (1). UUD-NRI 1945.

Dengan adanya hak bagi setiap orang untuk membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah, sesuai dengan konsep keadilan, maka setiap anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi. Demikian pula terhadap mereka yang melakukan perkawinan siri, meskipun laki-laki sebagai ayah biologisnya ternyata masih terikat tali perkawinan sah dengan istrinya, namun dengan lahirnya anak akibat perkawinan siri tersebut, maka hak-hak normatif terhadap anak luar kawin tersebut seperti hak atas pengakuan, hak atas jaminan hidup dan pendidikan, hak perlindungan dan kepastian hukum yang adil serta hak atas perlakuan yang sama dihadapan hukum, berhak pula diberikan kepadanya. Dalam hal ini Negara sebagai lembaga yang mempunyai kewenangan untuk mengatur masyarakatnya secara adil, sudah sepatutnya segera menerbitkan peraturan yang mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin dalam hubungannya dengan laki-laki sebagai ayah biologisnya yang ternyata berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum memang terbukti mempunyai hubungan darah.

Dalam Undang-Undang Nomor 39 tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia (yang selanjutnya disebut UU tentang HAM), menyebutkan setiap anak berhak atas perlindungan oleh orang

¹⁷⁵ Budiarttha, I Nyoman Putu, *Op.Cit*, hal.309

tua, keluarga, masyarakat dan Negara (Pasal 52 ayat (1)). Hak anak adalah hak asasi manusia dan untuk kepentingannya hak anak itu diakui dan dilindungi oleh hukum bahkan sejak dalam kandungan (ayat 2)). Setiap anak sejak dalam kandungan berhak untuk hidup, mempertahankan hidup dan meningkatkan taraf kehidupannya (Pasal 53 ayat 1)). Setiap anak sejak kelahirannya, berhak atas suatu nama dan status kewarganegaraan. Dengan penjelasan, yang dimaksud dengan satu nama adalah nama sendiri, dan nama orangtua kandung dan atau nama keluarga dan atau nama marga (ayat 2)). Setiap anak yang cacat fisik dan atau mental berhak memperoleh perawatan, pendidikan, pelatihan dan bantuan khusus atas biaya Negara, untuk menjamin kehidupannya sesuai dengan martabat kemanusiaan, meningkatkan rasa percaya diri dan kemampuan berpartisipasi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Dengan penjelasan, pelaksanaan hak anak yang cacat fisik dan atau mental atas biaya negara diutamakan bagi kalangan yang tidak mampu (pasal 54).

Setiap anak berhak untuk beribadah menurut agamanya, berpikir dan berekspresi sesuai dengan intelektualitas dan usianya dibawah bimbingan orang tua dan atau wali (Pasal 55). Setiap anak berhak untuk mengetahui siapa orang tuanya, dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri (Pasal 56 ayat 1)). Dalam hal orang tua anak tidak mampu membesarkan dan memelihara anaknya dengan baik dan sesuai dengan UU tentang HAM ini, maka anak tersebut boleh diasuh atau diangkat anak oleh orang lain sesuai dengan ketentuan Undang-undang (ayat 2)). Setiap anak berhak dibesarkan, dipelihara, dirawat, dididik, diarahkan dan dibimbing kehidupannya oleh orangtua atau walinya sampai dewasa sesuai dengan ketentuan Undang-undang (Pasal 57 ayat 1)). Setiap anak berhak untuk mendapatkan orang tua angkat atau wali berdasarkan putusan pengadilan apabila kedua orang tua angkat atau wali berdasarkan putusan pengadilan apabila kedua orangtua telah meninggal dunia atau karena suatu sebab yang sah tidak dapat menjalankan kewajibannya sebagai orang tua (ayat 2)). Orang tua angkat atau wali,

harus menjalankan kewajiban sebagai orang tua yang sesungguhnya (ayat 3)).

Setiap anak berhak untuk mendapatkan perlindungan hukum dari segala bentuk kekerasan fisik atau mental, penelantaran, perlakuan buruk, dan pelecehan seksual selama dalam pengasuhan orang tua atau walinya, atau pihak lain manapun yang bertanggungjawab atas pengasuhan anak tersebut (pasal 58 ayat 1)). Dalam hal orang tua, wali atau pengasuh anak melakukan segala bentuk penganiayaan fisik atau mental, penelantaran, perlakuan buruk dan pelecehan seksual termasuk perkosaan dan atau pembunuhan terhadap anak yang seharusnya dilindungi maka harus dikenakan pemberatan hukuman (ayat 2)).

Setiap anak berhak untuk tidak dipisahkan dari orang tuanya secara bertentangan dengan kehendak anak sendiri, kecuali jika ada alasan dan aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak (Pasal 59 ayat 1)). Dalam keadaan hak anak untuk tetap bertemu langsung dan berhubungan pribadi secara tetap dengan orang tuanya tetap dijamin oleh undang-undang. Dengan penjelasan, berkaitan dengan perceraian orang tua anak, atau dalam hal kematian salah seorang dari orang tuanya atau dalam hal kuasa asuh orang tua dicabut atau bila anak disiksa atau tidak dilindungi atau ketidakmampuan orang tuanya.

Setiap anak berhak untuk memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya sesuai dengan minat, bakat dan tingkat kecerdasannya, mencakup pendidikan tata krama dan budi pekerti (Pasal 60 ayat (1)). Setiap anak berhak mencari, menerima dan memberikan informasi sesuai dengan tingkat intelektualitas dan usianya demi pengembangan dirinya sepanjang sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan dan kepatuhan (ayat (2)). Setiap anak berhak beristirahat, bergaul dengan anak yang sebaya, bermain, berekreasi dan berkreasi sesuai dengan minat, bakat dan tingkat kecerdasannya demi pengembangan dirinya (Pasal 61). Setiap anak berhak untuk memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial secara layak, sesuai dengan kebutuhan fisik dan mental spiritualnya

(Pasal 62). Setiap anak berhak untuk tidak dilibatkan dalam peristiwa peperangan, sengketa bersenjata, kerusuhan sosial dan peristiwa lain yang mengandung unsur kekerasan (Pasal 63). Setiap anak berhak untuk memperoleh perlindungan dari kegiatan eksploitasi ekonomi dan setiap pekerjaan yang membahayakan dirinya, sehingga dapat mengganggu pendidikan, kesehatan, tiap anak berhak untuk memperoleh perlindungan dari kegiatan eksploitasi ekonomi dan setiap pekerjaan yang membahayakan dirinya, sehingga dapat mengganggu pendidikan, kesehatan fisik, moral, kehidupan sosial dan mental spiritualnya (Pasal 64). Setiap anak berhak untuk memperoleh perlindungan dari kegiatan eksploitasi dan pelecehan seksual, penculikan, perdagangan anak serta dari berbagai bentuk penyalahgunaan narkoba, psikotropika dan zat adiktif lainnya. Dengan penjelasan, berbagai bentuk penyalahgunaan narkoba, psikotropika, dan zat adiktif lainnya mencakup kegiatan produktif, peredaran dan perdagangan sampai dengan penggunaannya yang tidak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 65). Tiap anak berhak untuk tidak dijadikan sasaran penganiayaan, penyiksaan atau penjatuhan hukuman yang tidak manusiawi (Pasal 66 ayat 1). Hukuman mati atau hukuman seumur hidup tidak dapat dijatuhkan untuk pelaku tindak pidana yang masih anak (ayat 2). Setiap anak berhak untuk tidak dirampas kebebasannya secara melawan hukum (ayat 3). Penangkapan, penahanan atau pidana penjara anak hanya boleh dilakukan sesuai dengan hukum yang berlaku dan hanya dapat dilaksanakan sebagai upaya terakhir (ayat 4). Setiap anak yang dirampas kebebasannya berhak mendapatkan perlakuan secara manusiawi dan dengan memperhatikan kebutuhan pengembangan pribadi sesuai dengan usianya dan harus dipisahkan dari orang dewasa, kecuali demi kepentingannya (ayat 5). Setiap anak yang dirampas kebebasannya berhak memperoleh bantuan hukum atau bantuan lainnya secara efektif dalam setiap tahapan upaya hukum yang berlaku (ayat 6). Setiap anak yang dirampas kebebasannya berhak untuk membela diri dan memperoleh keadilan di depan pengadilan anak yang obyektif dan tidak memihak dalam sidang yang tertutup untuk umum (ayat 7).

Dalam UU Perlindungan anak, menyebutkan bahwa penyelenggaraan perlindungan anak berasaskan Pancasila dan berlandaskan UUD-NRI 1945 serta prinsip-prinsip dasar hak-hak anak meliputi (pasal 2) :

- a. Non diskriminasi;
- b. Kepentingan yang terbaik bagi anak adalah dalam semua tindakan yang menyangkut anak yang dilakukan oleh pemerintah, masyarakat, badan legislatif dan badan yudikatif, maka kepentingan yang terbaik bagi anak harus menjadi pertimbangan utama.
- c. Hak untuk hidup, kelangsungan hidup dan perkembangan adalah hak asasi yang paling mendasar bagi anak yang dilindungi oleh Negara, pemerintah, masyarakat, keluarga dan orang tua.
- d. Penghargaan terhadap pendapat anak adalah penghormatan atas hak-hak anak untuk berpartisipasi dan menyatakan pendapatnya dalam pengambilan keputusan terutama jika menyangkut hal-hal yang mempengaruhi kehidupannya.

Perlindungan anak bertujuan untuk menjamin terpenuhinya hak-hak anak agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi, demi terwujudnya anak Indonesia yang berkualitas, berakhlak mulia dan sejahtera (Pasal 3).

Setiap anak berhak untuk dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi secara wajar sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan serta mendapat perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi (Pasal 4). Setiap anak berhak atas suatu nama sebagai identitas diri dan status kewarganegaraan (Pasal 5). Setiap anak berhak untuk beribadah menurut agamanya, berpikir dan berekspresi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya dalam bimbingan orang tua. Dalam hal ini dimaksudkan untuk memberi kebebasan kepada anak dalam rangka mengembangkan kreativitas dan intelektualnya (daya nalar)nya sesuai dengan tingkat usia anak. Pengembangan tersebut masih tetap harus berada dalam bimbingan orang tuanya (Pasal 6).

Setiap anak berhak untuk mengetahui orang tuanya dibesarkan dan diasuh oleh orang tuanya sendiri. Hak anak untuk mengetahui siapa orang tuanya dalam arti asal-usulnya (termasuk itu susunya). Dimaksudkan untuk menghindari terputusnya silsilah dan hubungan darah antara anak dengan orang tua kandungnya, sedangkan hak untuk dibesarkan dan diasuh orang tuanya, dimaksudkan agar anak dapat patuh dan menghormati orang tuanya (Pasal 7 ayat (1)). Dalam hal karena suatu sebab orang tuanya tidak dapat menjamin tumbuh kembang anak atau anak dalam keadaan terlantar maka anak tersebut berhak diasuh atau diangkat sebagai anak asuh atau anak angkat oleh orang lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pengasuhan dari pengangkatan anak dilaksanakan sesuai dengan norma-norma hukum, adat istiadat yang berlaku dan agama yang dianut anak (ayat 2).

Setiap anak berhak memperoleh pelayanan kesehatan dan jaminan sosial sesuai dengan kebutuhan fisik, mental, spiritual dan sosial (Pasal 8). Setiap anak berhak memperoleh pendidikan dan pengajaran dalam rangka pengembangan pribadinya dan tingkat kecerdasannya sesuai dengan minat dan bakatnya (Pasal 9 ayat (1)). Selain hak anak, khusus bagi anak yang menyandang cacat juga berhak memperoleh pendidikan luar biasa, sedangkan bagi anak yang memiliki keunggulan juga berhak mendapatkan pendidikan khusus (ayat 2). Setiap anak berhak menyatakan dan didengar pendapatnya, menerima, mencari dan memberikan informasi sesuai dengan tingkat kecerdasan dan usianya demi pengembangan dirinya sesuai dengan nilai-nilai kesusilaan dan kepatuhan (Pasal 10). Setiap anak berhak untuk beristirahat dan memanfaatkan waktu luang, bergaul dengan anak yang sebaya, bermain, berekspresi dan berkreasi sesuai dengan minat, bakat dan tingkat kecerdasannya demi perkembangan diri (Pasal 11).

Setiap anak yang menyandang cacat berhak memperoleh rehabilitasi bantuan sosial dan pemeliharaan taraf kesejahteraan sosial. Hak ini dimaksudkan untuk menjamin kehidupannya sesuai dengan martabat kemanusiaannya, meningkatkan rasa percaya diri dan kemampuan berpartisipasi dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara.

Setiap anak selama dalam pengasuhan orang tua, wali atau pihak lain manapun yang bertanggungjawab atas pengasuhan, berhak mendapat perlindungan dari perlakuan (Pasal 13 ayat 1):

- a. Diskriminasi, misalnya perlakuan yang membedakan suku, agama, ras, golongan, jenis kelamin, etnik, budaya dan bahasa, status hukum anak, urusan kelahiran anak, dan kondisi fisik dan mental.
- b. Eksploitasi baik ekonomi maupun seksual, misalnya tindakan atas perbuatan memperlalat, memanfaatkan atau memeras anak untuk memperoleh keuntungan pribadi, keluarga atau golongan.
- c. Penelantaran, misalnya tindakan atau perbuatan mengabaikan dengan sengaja kewajiban untuk memelihara, merawat atau mengurus anak sebagaimana mestinya.
- d. Kekejaman, kekerasan dan penganiayaan, misalnya tindakan atau perbuatan secara zalim, keji, bengis atau tidak menaruh belas kasihan kepada anak. Perlakuan kekerasan dan penganiayaan misalnya perbuatan melukai dan atau mencederai anak dan tidak semata-mata fisik, tetapi juga mental dan sosial.
- e. Ketidakadilan misalnya, tindakan keberpihakan antara anak yang satu dengan lainnya atau kesewenang-wenangan terhadap anak.
- f. Perlakuan salah lainnya, misalnya tindakan pelecehan atau perbuatan tidak senonoh kepada anak.

Dalam hal orang tua, wali atau pengasuh anak melakukan segala bentuk perlakuan, maka pelaku dikenakan pemberatan hukuman (ayat (2)).

Setiap anak berhak diasuh oleh orang tuanya sendiri, kecuali jika ada alasan dan atau aturan hukum yang sah menunjukkan bahwa pemisahaan itu adalah demi kepentingan terbaik bagi anak dan merupakan pertimbangan terakhir (Pasal 14). Setiap anak berhak untuk memperoleh perlindungan dari :

- a. Penyalahgunaan dalam kegiatan politik.
- b. Pelibatan dalam sengketa bersenjata;
- c. Pelibatan dalam kerusuhan sosial;
- d. Pelibatan dalam peristiwa yang mengandung unsur kekerasan;
- e. Pelibatan dalam peperangan.

Perlindungan meliputi kegiatan yang bersifat langsung dan tidak langsung dari tindakan yang membahayakan anak secara fisik dan psikis (Pasal 15). Setiap anak berhak memperoleh perlindungan dari sasaran penganiayaan, penyiksaan atau penjatuhan hukuman yang tidak manusiawi (Pasal 16 ayat (1)). Setiap anak berhak untuk memperoleh kebebasan sesuai dengan hukum (ayat 2). Penangkapan, penahanan atau tindak pidana penjara anak hanya dilakukan apabila sesuai dengan hukum yang berlaku dan hanya dapat dilakukan sebagai upaya terakhir (ayat 3.)

Setiap anak yang dirampas kebebasannya berhak untuk (Pasal 17 ayat 1) :

- a. Mendapatkan perlakuan secara manusiawi dan penempatannya dipisahkan dari orang dewasa;
- b. Memperoleh bantuan hukum atau bantuan lainnya secara efektif dalam setiap tahapan upaya hukum yang berlaku, misalnya bimbingan sosial dari pekerja sosial, konsultasi dari psikolog dan psikiater atau bantuan dari ahli bahasa.
- c. Membela diri dan memperoleh keadilan di depan pengadilan anak yang obyektif dan tidak memihak dalam bidang tertutup untuk umum.

Setiap anak yang menjadi korban atau pelaku kekerasan seksual atau yang berhadapan dengan hukum berhak dirahasiakan (ayat 2). Setiap anak yang menjadi korban atau pelaku tindak pidana berhak mendapat bantuan hukum lainnya termasuk bantuan medis, sosial, rehabilitasi, vokasional dan pendidikan (pasal 18). Setiap anak berkewajiban untuk :

- a. Menghormati orangtua, wali dan guru.
- b. Mencintai keluarga, masyarakat dan menyayangi teman.
- c. Mencintai tanah air, bangsa dan negara;
- d. Menunaikan Ibadah sesuai dengan ajaran agamanya, dan
- e. Melaksanakan etika akhlak mulia.

Negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggungjawab menghormati dan menjamin hak asasi anak tanpa membedakan suku, agama, ras, golongan, jenis kelamin, etnik, budaya dan bahasa, status hukum anak, urutan kelahiran anak dan kondisi fisik dan atau mental (Pasal 21). Negara dan pemerintah berkewajiban dan bertanggungjawab memberikan dukungan sarana dan prasarana dalam penyelenggaraan perlindungan anak, misalnya sekolah, lapangan bermain. Lapangan olah raga, rumah ibadah, balai kesehatan, gedung kesenian, tempat rekreasi, ruang menyusui, tempat penitipan anak dan rumah tahanan khusus anak (Pasal 22). Negara dan pemerintah menjamin perlindungan, pemeliharaan dan kesejahteraan anak dengan memperhatikan hak dan kewajiban orangtua, wali atau orang lain yang secara hukum bertanggungjawab terhadap anak (Pasal 23 ayat 1). Negara dan pemerintah mengawasi penyelenggaraan perlindungan anak (ayat 2). Negara dan pemerintah menjamin anak untuk mempergunakan haknya dalam menyampaikan pendapat sesuai dengan usia dan tingkat kecerdasan anak (Pasal 24).

Kewajiban dan tanggungjawab masyarakat terhadap perlindungan anak dilaksanakan melalui kegiatan peran masyarakat dalam penyelenggaraan perlindungan anak (Pasal 25). Orangtua berkewajiban dan bertanggungjawab untuk (Pasal 26 ayat 1) :

- a. Mengasuh, memelihara, mendidik dan melindungi anak.
- b. Menumbuh kembangkan anak sesuai dengan kemampuan, bakat dan minatnya.
- c. Mencegah terjadinya perkawinan pada usia anak-anak.

Dalam hal orang tua tidak ada atau tidak diketahui keberadaannya atau karena suatu sebab, tidak dapat melaksanakan kewajiban dan tanggungjawabnya, maka kewajiban dan tanggungjawab dapat beralih kepada keluarga, yang dilaksanakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku (ayat 2).

Identitas dari setiap anak harus diberikan sejak kelahirannya (Pasal 27 ayat 1). Identitas dituangkan dalam akta kelahiran (ayat 2). Pembuatan akta kelahiran didasarkan pada surat keterangan dari orang yang menyaksikan dan atau membantu proses kelahiran (ayat 3). Dalam hal anak yang proses kelahirannya tidak diketahui dan orang tuanya tidak diketahui keberadaannya, pembuatan akta kelahiran untuk anak tersebut didasarkan pada keterangan orang yang menemukannya (ayat 4). Pembuatan akta kelahiran menjadi tanggungjawab pemerintah yang dalam pelaksanaannya diselenggarakan serendah-rendahnya pada tingkat kelurahan/desa (Pasal 28 ayat 1). Pembuatan akta kelahiran harus diberikan paling lambat 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak tanggal diajukannya permohonan (ayat 2). Pembuatan akta kelahiran tidak dikenai biaya (ayat 3).

Orang tua dan keluarga bertanggungjawab menjaga kesehatan anak dan merawat anak sejak dalam kandungan (Pasal 45 ayat 1). Dalam hal orangtua dan keluarga yang tidak mampu melaksanakan tanggungjawab, maka pemerintah wajib memenuhinya (ayat 2). Kewajiban pemerintah tersebut, pelaksanaannya dilakukan sesuai dengan peraturan perundang-undangan (ayat 3). Negara, pemerintah, keluarga dan orang tua wajib mengusahakan agar anak yang dilahirkan terhindar dari penyakit yang mengancam kelangsungan hidup dan atau menimbulkan kecacatan (Pasal 46).

Bertolak dari uraian tersebut di atas, dilihat dari teori perlindungan anak, maka dapat dikemukakan bahwa anak-anak yang terlahir ke dunia ini patut diberikan hak-haknya secara maksimal dengan tanpa melakukan diskriminasi. Demikian pula halnya dengan anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh orang tuanya, dimana laki-laki sebagai ayah biologisnya masih terikat tali perkawinan sah

dengan isterinya dan isterinya tersebut tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini; anak luar kawin tersebut berhak mendapatkan perlindungan hukum dari Negara atau pemerintah, karena sesuai dengan konstitusi Negara kita di dalam ketentuan Pasal 28B ayat (2) menentukan bahwa: “setiap anak berhak kelangsungan hidup, tumbuh dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”. Anak-anak yang lahir dari perkawinan yang tidak sah atau anak luar kawin berhak mendapat perlindungan hukum dari Negara mengenai hak-hak normatifnya sebagai anak bangsa. Perlindungan yang patut diberikan oleh Negara adalah dituangkannya hak-hak normatif anak luar kawin tersebut didalam suatu peraturan perundang-undangan, yaitu diantaranya hak untuk dipelihara oleh kedua orang tuanya, hak untuk mendapatkan pendidikan yang layak, dan juga hak untuk mewaris dari orang tuanya bilamana orang tuanya telah meninggal dunia. Karena tidak adil dan tidak bijak bilamana negara melepaskan laki-laki sebagai ayah biologisnya yang menyebabkan kelahiran anak luar kawin tersebut dari tanggungjawab untuk melakukan pemeliharaan terhadap anak luar kawin ini. Dan hanya membebankan tanggungjawab tersebut untuk dipikul oleh ibunya saja.

3.3. Hakekat Pasal 45 Jo Pasal 46 UU Perkawinan.

Pada bagian ini akan diuraikan telaah atau analisis mengenai hakekat hak dan kewajiban antara orang tua dengan anak sebagaimana tertuang di dalam ketentuan Pasal 45 jo Pasal 46 UU Perkawinan. Didalam hal ini akan menganalisis dengan menggunakan teori kepastian hukum dan teori perlindungan anak .

Kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga negara dari tindakan sewenang-wenang negara maupun pihak lain selain negara, sehingga hukum memberikan tanggungjawab kepada negara dan setiap orang atau pihak untuk menjalankannya. Untuk memahami nilai kepastian hukum harus dikaitkan dengan instrument hukum positif dan peran negara untuk mengaktualisasikan hukum positif itu bahwa Negara mempunyai tanggung-

jawab menjalankan dan menegakkannya. Oleh karena itu kepastian hukum tidak dapat dilepaskan dari Negara hukum.¹⁷⁶

Di Indonesia, prinsip kepastian hukum telah menjadi asas hukum nasional, disamping karena merupakan prinsip hukum universal, juga diderivasi dari cita hukum Pancasila, yaitu sila kemanusiaan yang adil dan beradab, dan sila kelima keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia.

Dalam kaitannya dengan hakekat hak dan kewajiban antara orang tua dengan anak sebagaimana tercantum didalam ketentuan Pasal 45 jo Pasal 46 UU Perkawinan, juga mengacu atau berlandaskan prinsip-prinsip kepastian hukum. Dengan kata lain hakekat mengenai hak dan kewajiban antara orang tua dengan anak harus mencerminkan prinsip kepastian hukum.

Setiap anak dalam tingkat umur berapa-pun wajib hormat dan segan terhadap bapak dan ibunya. Demi adanya kepastian hukum terhadap pertumbuhan dan perkembangan si anak, maka bapak dan ibu wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka yang belum dewasa. Walaupun hak untuk memangku kekuasaan orang tua atau hak untuk menjadi wali hilang, tidaklah mereka bebas dari kewajiban untuk memberi tunjangan yang seimbang dengan penghasilan mereka untuk membiayai pemeliharaan dan pendidikan anaknya itu (Pasal 298 KUH.Perdata). Selama perkawinan bapak dan ibu semua anak berada dibawah kekuasaan mereka sampai menjadi dewasa, kecuali bapak dan ibu dibebaskan atau dipecat dari kekuasaan orang tua (Pasal 299 KUH.Perdata).

Kemudian setiap anak wajib memberi nafkah kepada kedua orang tua dan para keluarga sedarahnya dalam garis ke atas, jika mereka dalam keadaan miskin ,(Pasal 321 KUH.Perdata). Begitu pula halnya dengan menantu pria atau wanita wajib memberi nafkah kepada ibu bapak mertuanya (Pasal 322 KUH. Perdata). Anak-anak diluar perkawinan yang diakui menurut perundangan wajib memberi nafkah kepada orang tua mereka, dan kewajiban itu berlaku timbal balik (Pasal 328 KUH.Perdata).

¹⁷⁶ Budiarta, I Nyoman Putu, *Op.Cit*, hal.358

Orang tua tidak boleh memindahtangankan harta kekayaan anak-anaknya yang belum dewasa kecuali dengan memperhatikan aturan-aturan yang tercantum dalam Bab XV buku kesatu tentang memindahtangankan barang-barang kepunyaan anak yang belum dewasa (Pasal 309 KUH.Perdata). Apabila ternyata bahwa seorang bapak atau ibu yang memangku kekuasaan orang tua tidak cakap atau tidak mampu menunaikan kewajibannya memelihara dan mendidik anak-anaknya dan kepentingan anak-anak itu-pun karena hal-hal lain tidak menentanginya, maka atas permintaan dewan perwalian atau atas tuntutan jawatan kejaksaan, bolehlah ia dibebaskan dari kekuasaan orang tuanya, baik terhadap sekalian anak, maupun terhadap seorang atau lebih dari anak-anak itu (pasal 319 KUH.Perdata).

Mirip dan sejalan dengan apa yang telah diatur dalam KUH.Perdata, di dalam UU Perkawinan dinyatakan bahwa :

Pasal 45 :

- (1)Kedua orang tua wajib memelihara dan mendidik anak-anak mereka sebaik-baiknya.
- (2)Kewajiban orang tua yang dimaksud dalam ayat (1) pasal ini berlaku sampai anak itu kawin atau dapat berdiri sendiri, kewajiban mana berlaku terus meskipun perkawinan antara kedua orang tua putus.

Pasal 46.

- (1)Anak wajib menghormati orangtua dan mentaati kehendak mereka yang baik.
- (2)Jika anak telah dewasa, ia wajib memelihara menurut kemampuannya, orang tua dan keluarga dalam garis lurus ke atas, bila mereka itu memerlukan bantuannya.

Dari rumusan ketentuan pasal tersebut, diketahui bahwa kewajiban orang tua memelihara dan mendidik anak-anaknya sampai mereka kawin dan dapat berdiri sendiri. Hal mana juga berarti walaupun anak sudah kawin jika kenyataannya belum dapat berdiri sendiri masih tetap merupakan kewajiban orang tua untuk memelihara anak isteri dan cucunya. Berkaitan dengan

perlindungan terhadap anak luar kawin sebagai akibat dari adanya perkawinan siri yang dilakukan oleh orang tuanya (khususnya ayah biologisnya), maka di dalam disertasi ini, sependapat dengan apa yang dikemukakan oleh J.E. Doek dan H.M.A. Drewes dalam Sumitro dan Irma Setyawati didalam sebuah bukunya mengatakan :

“bahwa hukum perlindungan terhadap anak tersebut dapat dilihat dalam arti yang luas dan dalam arti yang sempit. Dalam arti yang luas, merupakan segala aturan hukum yang memberikan perlindungan kepada mereka yang belum dewasa dan memberi kemungkinan bagi mereka untuk berkembang, dan dalam arti sempit sebagai perlindungan hukum yang terdapat dalam ketentuan hukum perdata, ketentuan hukum pidana, dan ketentuan hukum acara”.¹⁷⁷

Hal ini berbeda dengan yang diatur di dalam KUH.Perdata, bahwa kewajiban itu bukan hanya sampai pada anak dewasa (berumur 18 tahun) tetapi sampai mereka mampu untuk berdiri sendiri walaupun terjadi ikatan perkawinan orang tuanya putus.

Anak wajib menghormati orang tua dan mentaati kehendak mereka yang baik. Jika anak sudah dewasa, ia wajib memelihara orang tua dan keluarga dalam garis lurus ke atas menurut kemampuannya, bila mereka itu memerlukan bantuannya. Dalam hal inilah antara anak dengan orang tua dituntut untuk wajib saling melindungi. Orang tua wajib memberikan Perlindungan terhadap anaknya dari segala kegiatan untuk menjamin hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh dan berkembang dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai mahluk ciptaan Tuhan, orang tua wajib menghindarkan anak-anaknya dari tindak kekerasan dan diskriminasi. Demikian pula sebaliknya anak-anak kelak setelah orang tuanya tua dan tidak mampu lagi untuk bekerja, maka anak-anak wajib memelihara orang tuanya sampai akhir hayat dikandung badan. Sesungguhnya kewajiban anak menghormati orang tua dan

¹⁷⁷ Sumitro dan Irma setyawati, *Loc.cit*, hal.15-16

mentaati kehendaknya bersifat universal, barang kali tidak ada suatu bangsa yang tidak menghendaki demikian. Tetapi sebaliknya orang tua harus memberikan contoh teladan yang baik dengan cara yang bijaksana dan tidak bersifat paksaan. Jika orang tua taqwa kepada Tuhan Yang Maha Esa, dan taat beribadah, tentunya anak wajib hormat dan mentaatinya, tetapi jika orang tua penjudi, pemabuk dan penuh maksiat, tidak wajib anak mentaatinya.

Adanya kewajiban yang saling bertimbal balik ini, dilihat dari prinsip kepastian hukum, maka akan terwujud adanya kepastian mengenai hak dan kewajiban antara orang tua dengan anak-anak yang dilahirkan termasuk didalamnya anak luar kawin yang lahir dari perkawinan siri yang dilakukan oleh seorang laki-laki sebagai ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan istrinya. Dan dilihat dari prinsip keadilan, maka akan sangat adil bilamana setelah orang tuanya sudah tidak mampu lagi untuk membiayai dirinya, maka anak-anaknya yang telah dibesarkan dengan penuh kasih sayang diwajibkan untuk memberikan apa yang dibutuhkan oleh orang tuanya hingga hayat dikandung badan. Bilamana sang anak tidak dibebani kewajiban tersebut, maka sikap ini akan bertentangan dengan keadilan sebagai *fairness* sebagaimana dikemukakan oleh John Rawls.

Namun sesungguhnya dalam kalimat Pasal 46 UU Perkawinan yang menyatakan “bila mereka itu memerlukan bantuannya”; memperhatikan ketentuan pasal tersebut, sependapat dengan pandangan dari Hilman Hadikusuma yang menyatakan bahwa kalimat itu melemahkan kewajiban anak bertanggung jawab terhadap kehidupan orang tua pada umumnya yang senja dan tidak sesuai dengan kepribadian adat istiadat bangsa Indonesia. Anak-anak Indonesia sesungguhnya bukan saja wajib bertanggung jawab dan ikut bertanggung jawab terhadap orang tua, kakek dan nenek baik dari pihak bapak maupun dari pihak ibu, dalam keadaan senang atau susah, diminta atau tidak diminta, mengurus dan membantu segala sesuatu yang diperlukannya

sebagai orang yang sudah tua. Anak yang tahu pada tugas dan kewajibannya terhadap orang tua adalah anak yang tahu adat.¹⁷⁸

Menurut hukum adat bukan saja kedua orang tua yang wajib memelihara dan mendidik anak kemenakan mereka dengan sebaik-baiknya, tetapi juga terutama para saudara ayah di masyarakat yang patrilineal dan para saudara ibu di masyarakat yang matrilineal dan para saudara ayah dan ibu pada masyarakat parental walaupun sifatnya terbatas. Pada kenyataannya di lingkungan masyarakat kekerabatan adat tidak sedikit anak kemenakan yang dipelihara dan disekolahkan oleh paman, bibik atau saudara dekat lainnya, dari pihak ayah maupun dari pihak ibu yang mampu tanpa mengharapkan balas jasa dari anak bersangkutan.

Selanjutnya menurut hukum adat kewajiban memelihara dan mendidik anak tidak berakhir sampai anak kemenakan kawin dan dapat berdiri sendiri, sepanjang anak kemenakan masih memerlukan dan sejauh kemampuan anggota kerabat bersangkutan, hubungan *sebabai-babaian* (saling gendong-menggendong kata orang Lampung) berjalan terus. Walaupun anak sudah bersuami isteri, ataupun sudah bekerja tetapi belum cukup untuk membiayai kebutuhan pendidikan tingginya, ataupun modal karya usahanya para anggota kerabat yang mampu berkewajiban membantunya. Dasarnya bukanlah karena hukum adat tetapi kewajiban moral, siapa tahu anak itu akan menjadi manusia. Oleh karenanya di kalangan masyarakat adat sering banyak digunakan istilah “anak kita” dari pada istilah “anak kami” atau “anakku”.¹⁷⁹

Sebaliknya anak kemenakan bukan saja wajib menghormati orang tuanya, mentaati perintah atau kehendaknya yang baik, tetapi juga demikian mereka wajib hormat kepada para paman bibik dan saudara-saudara lain yang lebih tua, baik tua umur maupun tua kedudukan adatnya. Orang Minang berperibahasa “anak kemenakan berajo ke mamak, berajo ke penghulu, dan berajo kato mupakat”. Selanjutnya jika anak kemenakan sudah

¹⁷⁸ Hilam Hadikusuma, *Op.Cit* ,hal.142

¹⁷⁹ *Ibid*, hal.143

bermata pencarian yang cukup, ia berkewajiban memelihara dan mengurus kepentingan orang tuanya, paman bibiknya, kakek neneknya dan saudara-saudara dekatnya. Anak kemenakan itu akan diejek cela oleh kaum kerabatnya jika ia ternyata mampu tetapi tidak berusaha mengangkat sanak saudaranya yang tertinggal dalam kehidupannya, apalagi jika sampai “rumah kerabatnya rubuh di kampung, di kota ia tidak menjadikan rumahnya menjadi rumah untuk kerabat pula. Hubungan kekerabatan yang menyangkut kehidupan anak ini pada kenyataannya tidak saja terbatas pada pertalian darah atau pertalian adat tetapi juga pertalian budi.

Kewajiban orang tua terhadap anak, disamping dapat dilihat dari hukum perundang-undangan dan hukum adat, kewajiban orang tua terhadap anak dapat juga dilihat dari hukum agama. Sesungguhnya di dalam hukum Islam, sifat hubungan hukum antara orang tua dengan anak dapat dilihat dari segi material, yaitu memberi nafkah, menyusukan (*irdla*) dan mengasuh (*hadlanah*), dan dari segi immaterial yaitu curahan cinta kasih, penjaan dan perlindungan serta pendidikan rohani dan lain-lain.

Kewajiban bapak dalam memberi nafkah terhadap anak terbatas pada kemampuannya, sebagaimana digariskan dalam Al'Quran yang menyatakan : “Hendaklah orang (ayah) yang mampu memberi nafkah menurut kemampuannya. Dan orang (ayah) yang rezekinya sempit hendaklah memberi nafkah dari harta yang diberikan Allah kepadanya. Allah tidak membebani seseorang melainkan (sekedar) apa yang Allah berikan kepadanya. Allah kelak akan memberikan ke lapangan sesudah kesempitan.

Sebaliknya anak wajib menghormati dan berbuat baik terhadap ayah dan ibu serta para anggota kerabatnya, sebagaimana Al-Quran yang maksudnya :

“Dan kami wajibkan manusia (untuk berbuat) kebaikan terhadap kedua orang ibu bapaknya (Q.29.8) dan Tuhan mengingatkan bahwa ‘ibunya telah mengandungnya dalam keadaan lemah yang bertambah-tambah, dan menyapihnya dalam dua tahun. Bersyukurlah kepada-Ku dan kepada

kedua orang ibu bapakmu Akulah engkau kembali (Q.31.14).¹⁸⁰

Bagi umat Kristen tentang kewajiban orang tua memelihara dan mendidik anak sampai mereka dewasa tidak jauh berbeda dengan apa yang telah diatur dalam KUH.Perdata Pasal 298. Tentu saja orang tua berkewajiban disamping memelihara anak memberikan pula pendidikan agama agar anak-anak tumbuh dan berkembang dengan budi pekertinya yang baik. Tanggung-jawab orang tua memelihara dan mendidik anak itu tidak berakhir walaupun orang tua kehilangan hak sebagai walinya.

Bertolak dari uraian sub bab di atas, dapat dikemukakan bahwa hakekat dari ketentuan pasal 45 jo pasal 46 UU Perkawinan adalah memberikan adanya kepastian hukum mengenai hubungan keperdataan antara orang tua dengan anak. Hubungan keperdataan yang dimaksud didalam ketentuan pasal ini adalah hubungan secara bertimbal-balik antara orang tua dengan anak. Pada saat si anak masih kecil dan belum bisa mandiri, maka orang tua berkewajiban untuk memelihara anak-anak tersebut secara baik sehingga anak tersebut mampu untuk hidup sejahtera dan dapat hidup mandiri. Demikian pula bilamana orang tuanya sudah tua dan sudah jompo, maka anak-anak tersebut juga mempunyai kewajiban untuk memelihara orang tuanya dengan sebaik-baiknya.

3.4. Makna Hubungan Keperdataan Antara Anak Luar Kawin Dengan Ibu Dan Keluarganya Berdasarkan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan.

Anak yang dilahirkan di luar perkawinan seringkali disebut dengan istilah anak luar kawin atau anak tidak sah. Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan tidak memberikan pengertian tentang apa yang dimaksud dengan anak luar kawin. Berdasarkan penafsiran *a contrario* dengan berpegang pada rumusan Pasal 42 UU Perkawinan, dapat dirumuskan bahwa termasuk anak luar kawin, yakni anak yang tidak termasuk dalam tiga kategori

¹⁸⁰ Ibid, hal.145

anak sah sebagaimana yang diatur di dalam Pasal 42 UU Perkawinan, yaitu :

- a. Anak yang dibenihkan dan dilahirkan dalam perkawinan yang sah.
- b. Anak yang dibenihkan sebelum perkawinan dan dilahirkan dalam perkawinan yang sah.
- c. Anak yang dibenihkan dalam perkawinan yang sah dan dilahirkan setelah perkawinan putus.

Dengan demikian nampak bahwa termasuk anak sah tidak hanya anak yang dibenihkan dan dilahirkan dalam perkawinan yang sah, tetapi mungkin juga anak yang dilahirkan setelah perkawinan putus. Nampaknya UU Perkawinan tidak melihat siapa ayah biologis dari anak yang dilahirkan isteri. Sepanjang anak tersebut lahir memenuhi salah satu kriteria tersebut, maka anak akan berkedudukan sebagai anak sah. Sekalipun demikian UU Perkawinan telah memberikan perlindungan kepada suami pada situasi tersebut. Pasal 44 ayat (1) UU Perkawinan memberi kesempatan kepada suami untuk melakukan penyangkalan bahwa anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut adalah bukan anaknya. Adalah dimungkinkan anak yang memenuhi salah satu kriteria sebagaimana terurai di dalam Pasal 42 UU Perkawinan tersebut di atas, akan menjadi anak luar kawin apabila suami melakukan penyangkalan bahwa anak tersebut adalah bukan anaknya dan terbukti secara yuridis berdasarkan putusan pengadilan, sebagaimana dituntut Pasal 44 UU Perkawinan yakni suami dapat membuktikan bahwa isterinya berzina dan anak itu akibat daripada perzinahan tersebut. Ini artinya sepanjang suami tidak dapat membuktikannya melalui Pasal 44 UU Perkawinan tersebut, maka anak tersebut menjadi anak sah.

Pasal 99 KHI memberikan kriteria anak sah adalah :

Anak yang dilahirkan dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah.

Hasil pembuahan suami isteri yang sah diluar rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

Ada hal menarik yang diatur dalam Pasal 99 KHI ayat (2) tersebut, yakni berkaitan dengan adanya pembuahan diluar rahim. Pasal 99 ayat (2) KHI mensyaratkan agar supaya anak yang dilahirkan akibat pembuahan di luar rahim menjadi anak sah, maka diperlukan dua syarat yakni : *pertama*, pembuahan tersebut berasal dari sperma dan ovum suami-isteri yang sah; dan syarat *kedua*, yakni bahwa anak tersebut lahir dari rahim isteri tersebut. Hal ini dapat dipahami, karena moral merupakan hal yang diperhatikan dalam hukum islam.

UU Perkawinan tidak mengatur secara detail mengenai pembuahan di luar rahim seperti halnya KHI. Tetapi menurut penulis sependapat dengan pandangan dari Christiana Tri Budhayati didalam makalahnya menyatakan bahwa prinsip sebagaimana diatur dalam Pasal 99 ayat (2) KHI dapat diterapkan bagi mereka yang tidak tunduk pada KHI, jika terjadi permasalahan berkaitan dengan status anak yang dilahirkan akibat pembuahan di luar rahim.¹⁸¹

Dalam kedudukannya sebagai anak sah, tentu akan mempunyai akibat yuridis. Akibat yuridis anak sah ialah bahwa anak ini mempunyai hubungan keperdataan dengan bapak-ibu serta keluarga dari bapak dan ibunya. Akibat hubungan tersebut, muncul kewajiban untuk saling memelihara. Menurut Pasal 45 UU Perkawinan Bapak dan ibunya diberi beban kewajiban untuk memelihara dan mendidik anak, sampai anak tersebut kawin atau dapat berdiri sendiri, bahkan kewajiban bapak dan ibu ini akan tetap berlangsung sekalipun perkawinan kedua orang tuanya putus. Memelihara dimaksudkan bahwa bapak dan ibunya mempunyai kewajiban untuk memberi sandang-pangan dan papan yang layak kepada anak sesuai dengan kemampuannya, sedangkan yang dimaksud dengan mendidik yakni bapak dan ibunya mempunyai kewajiban untuk memberikan pendidikan baik formal ataupun in formal kepada anak-anaknya. Disisi lain anak yang telah dewasa, mempunyai kewajiban untuk

¹⁸¹ Christiana Tri Budhayati, "*Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010, Merombak Hukum Keluarga Di Indonesia*", Jurnal Ilmu Hukum Refleksi Hukum, Edisi Oktober, 2012, hal.235

memelihara bapak dan ibunya menurut kemampuannya, apabila mereka memerlukan bantuannya.

Implikasi lain dari kedudukan ini ialah bahwa anak tersebut kemungkinan akan menjadi ahli waris, jika bapak atau ibunya meninggal dunia, bahkan jika keluarga bapak atau ibunya meninggal dunia. Tentu saja hal ini akan bisa terlaksana jika dipenuhi persyaratan pewarisan sebagaimana ditentukan dalam hukum waris.¹⁸²

Berdasarkan pada pemahaman mengenai anak luar kawin sebagaimana kriteria yang telah diuraikan di atas, maka dalam kedudukannya sebagai anak luar kawin jelas mempunyai kedudukan yang sangat lemah, Pasal 43 UU Perkawinan menentukan bahwa anak luar kawin hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya. Selanjutnya UU Perkawinan mengamanatkan di dalam Pasal 43 ayat (2) nya bahwa tentang kedudukan anak luar kawin akan diatur lebih lanjut dengan peraturan pemerintah.

Hubungan keperdataan anak luar kawin, khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan istrinya dan isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini, adalah sangat menarik untuk dibahas, karena Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan hanya mengatur mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya; sedangkan di dalam ayat (2) diatur mengenai kedudukan anak tersebut dalam ayat (1) di atas selanjutnya akan diatur dalam Peraturan Pemerintah.

Dari rumusan ketentuan Pasal 43 ayat (1) dapat dipahami bahwa hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan Ibunya secara yuridis telah mempunyai kepastian hukum. Adapun hubungannya adalah adanya kewajiban timbal balik antara ibu yang melahirkan dengan anak luar kawin tersebut. Ibu berkewajiban untuk memelihara anak tersebut secara opti-

¹⁸² Ibid, hal.236

mal sesuai dengan harkat dan martabatnya sebagai makhluk ciptaan Tuhan, yang tidak dapat diperlakukan secara diskriminatif, apalagi diperlakukan secara sewenang-wenang. Ibu berkewajiban untuk menjamin kelangsungan hidup si anak luar kawin ini dengan penuh kasih sayang sampai anak luar kawin ini bisa tumbuh dewasa dan mampu mandiri. Demikian pula sebaliknya bilamana orang tuanya (ibunya) sudah tua dan menjadi jompo, maka anak luar kawin ini mempunyai kewajiban yang sama seperti halnya saat dia masih anak-anak, dan oleh karena dia sudah bisa mandiri, maka bilamana ibunya membutuhkan bantuannya, maka si anak luar kawin ini mempunyai kewajiban untuk menanggung dan memelihara ibunya sampai tua dan sepanjang hayat dikandung badan.

Hubungan keperdataan yang saling bertimbal balik ini antara si ibu yang melahirkan dengan anak luar kawin ini dapat dipahami secara jelas, sehingga dari hubungan yang saling bertimbal balik ini akan timbul adanya hak dan kewajiban antara orang tua dengan anak. Orang tua berkewajiban untuk memelihara dan menjamin tumbuh kembangnya si anak secara optimal, bagi si anak akan timbul adanya hak untuk mewarisi seluruh harta peninggalan ibunya bila kelak ibunya meninggal dunia. Jadi makna hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ibunya berdasarkan pada ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan adalah jelas memberikan kedudukan kepada si anak luar kawin ini sebagai ahli waris dari ibunya saja. Dengan demikian menurut undang-undang, anak-anak tidak sah atau anak luar kawin ini dapat menjadi waris dari ibunya atau keluarga ibunya, dan belum tentu dapat pula sebagai waris dari ayah biologisnya.

Sangat ironis memang bilamana dari rumusan ketentuan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, dapat diketahui bahwa ada aturan yang tidak jelas mengenai hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya, karena pasal ini sama sekali tidak mengatur mengenai bagaimana kedudukan anak luar kawin dengan ayah biologisnya. Dari ketentuan pasal 43 ayat (2) dapat dilihat bahwa kedudukan anak luar kawin sebagaimana diatur didalam ayat (1) akan diatur dalam peraturan

pemerintah. Jika ditelusuri lebih jauh mengenai peraturan pemerintah yang dijanjikan oleh pembuat UU Perkawinan, nampaknya sudah hampir berjalan setengah abad sejak diundangkannya UU Perkawinan tersebut, peraturan pemerintah (PP) yang dijanjikan seperti di dalam ketentuan pasal 43 ayat (2) yakni yang akan mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin ternyata sampai dengan saat ini belum terwujud, sehingga terjadi ketidakpastian hukum mengenai hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya. Dengan demikian kedudukan anak luar kawin yang lahir dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan yang sah dengan isterinya, nampaknya belum mendapatkan keadilan di Negara yang berdasar atas hukum, sehingga hak-hak asasi-nya sebagai generasi penerus bangsa telah disamarkan oleh pembuat Undang-undang, dan hal ini terbukti sampai saat ini peraturan pemerintah (PP) yang diharapkan akan mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin belum ada.

Posisi anak luar kawin tersebut sangat lemah, jika ditinjau dari teori perlindungan hukum, bahwa dalam suatu hubungan hukum, dimana salah satu pihak dalam kedudukan berada lebih lemah atau tidak seimbang dengan pihak yang lainnya, maka pihak yang berkedudukan lebih lemah tersebut harus mendapat perlindungan dari negara (pemerintah) melalui instrument hukum dalam perundang-undangan.

Sangat ironis memang apa yang telah diamanatkan oleh UU Perkawinan, sampai sekarang sudah hampir setengah abad sejak diundangkannya UU perkawinan ternyata Peraturan Pemerintah yang dinanti-nantikan untuk mengatur mengenai keberadaan kedudukan anak luar kawin sampai sekarang masih belum kunjung lahir. Berpijak dari adanya kondisi yang demikian itu terbukti bahwa mengatur mengenai keberadaan anak luar kawin yang lahir akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya memang sangat sulit dan bahkan sangat sensitif, karena adanya berbagai pandangan yang mengatakan bahwa perkawinan siri ada yang menganggap secara agama sah, namun ada

pula yang menilai bahwa perkawinan siri secara hukum Negara belum dianggap sah, karena belum dicatatkan. Dalam posisi yang lemah ini, terbukti bahwa perlindungan terhadap kedudukan hukum anak luar kawin masih belum maksimal atau utuh sebagaimana halnya dengan perlindungan hukum yang diberikan kepada anak yang lahir dari perkawinan yang sah.

Maka, berdasarkan atas adanya perbedaan pandangan tersebut, untuk memberikan kepastian hukum mengenai kedudukan anak luar kawin ini, konsekuensi hukumnya adalah berdasarkan pada ketentuan Pasal 66 UU Perkawinan yang menentukan :

“Untuk perkawinan dan segala sesuatu yang berhubungan dengan perkawinan berdasarkan atas Undang-undang ini, maka dengan berlakunya Undang-undang ini ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (Burgerlijk Wetboek), Ordonansi Perkawinan Indonesia Kristen (Huwelijks Ordonnantie Christen Indonesiers S.1933 No. 74), Peraturan Perkawinan Campuran (Regeling op de gemengde Huwelijken S. 1898 No.158), dan peraturan-peraturan lain yang mengatur tentang perkawinan sejauh telah diatur dalam Undang-undang ini, dinyatakan tidak berlaku”.

Berdasarkan pada rumusan ketentuan pasal tersebut di atas, oleh karena peraturan yang dijanjikan oleh UU Perkawinan untuk mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin sampai saat ini belum lahir atau belum ada, maka demi terwujudnya kepastian hukum mengenai hak-hak normatif atas kedudukan anak luar kawin akibat dari adanya perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, maka ketentuan yang ada yakni KUH. Perdata yang mengatur tentang terciptanya hubungan keperdataan antara ibu dengan anak luar kawin tersebut masih dapat diterapkan dengan penyesuaian agar tidak bertentangan dengan UU Perkawinan.

Dalam KUH.Perdata, pada Pasal 280 KUH.Perdata dinyatakan bahwa : “Dengan pengakuan yang dilakukan terhadap anak luar kawin, timbullah hubungan perdata antara si anak dan bapak atau ibunya”. Ini berarti bahwa agar supaya ada hubungan perdata dengan bapak atau ibunya, maka pengakuan terhadap anak luar kawin harus dilakukan. Hanya saja jika diperhatikan ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, anak luar kawin akan mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya. Ketentuan ini tidak dapat diberlakukan secara otomatis, perlu tindakan administrasi untuk menimbulkan hubungan perdata tersebut. Sekalipun demikian, guna menciptakan hubungan perdata antara anak luar kawin dengan orang tuanya perlu dengan pengakuan anak, baik melalui pengakuan secara sukarela maupun pengakuan secara paksaan.¹⁸³

Pengakuan sukarela yaitu suatu pengakuan yang dilakukan oleh seseorang dengan cara yang ditentukan undang-undang, bahwa ia adalah bapaknya (ibunya) seorang anak yang telah dilahirkan di luar perkawinan. Dengan adanya pengakuan, maka timbullah hubungan Perdata antara si anak dan si bapak (ibu) yang telah mengakuinya sebagaimana diatur dalam Pasal 280 KUH.Perdata.

Pengakuan secara sukarela dapat dilakukan dengan cara-cara yang ditentukan dalam Pasal 281 KUH.Perdata, yaitu :

Dalam akta kelahiran si anak menurut Pasal 281 ayat (1) KUH.Perdata, untuk dapat mengakui seorang anak luar kawin bapak atau ibunya dan atau kuasanya berdasarkan kuasa otentik harus menghadap di hadapan pegawai catatan sipil untuk melakukan pengakuan terhadap anak luar kawin. Pengakuan terhadap anak luar kawin dapat pula dilakukan pada saat perkawinan orang tuanya berlangsung yang dimuat dalam akta perkawinan sebagaimana diatur dalam Pasal 281 ayat (2). Jo Pasal 272 KUH.Perdata. Pengakuan ini akan berakibat si anak luar kawin akan menjadi seorang anak sah.

¹⁸³ Syafran Sofyan, “*Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Status Anak Luar Kawin*”, www.Lemhannas.go.id, diunduh tanggal 17 Juli 2014

Pengakuan terhadap anak luar kawin dapat dilakukan dalam akta otentik seperti akta notaris sebagaimana diatur dalam Pasal 281 ayat (1) KUH.Perdata.

Dengan akta yang dibuat oleh pegawai catatan sipil, yang dibutuhkan dalam register kelahiran catatan sipil menurut hari Penanggalannya sebagaimana diatur dalam Pasal 281 ayat (2) KUH.Perdata.

Pengakuan anak luar kawin selain melalui pengakuan secara sukarela, dapat pula terjadi melalui proses secara paksaan, yaitu dapat dilakukan oleh si anak yang dilahirkan di luar perkawinan itu, dengan cara mengajukan gugatan terhadap bapak atau ibunya kepada pengadilan negeri, agar supaya anak luar kawin dalam arti sempit itu diakui sebagai anak bapak atau ibunya, ketentuan ini diatur dalam Pasal 287-289 KUH.Perdata. Anak luar kawin yang dapat diakui adalah anak luar kawin dalam arti sempit, yaitu anak yang terlahir dari ibu dan bapak yang tidak terikat perkawinan yang sah baik di antara mereka maupun dengan orang lain (tidak tergolong anak zina atau anak sumbang).

UU Perkawinan adalah merupakan hasil suatu usaha untuk menciptakan hukum nasional di bidang perkawinan. Undang-undang ini merupakan produk unifikasi hukum yang unik dengan menghormati secara penuh adanya variasi berdasarkan agama dan kepercayaan. Terobosan hukum yang dilakukan Mahkamah Konstitusi (MK) dengan putusannya Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 dengan memberikan hak perdata kepada anak di luar perkawinan sepanjang seorang anak terbukti memiliki hubungan darah dengan ayah biologisnya melalui berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi (pengujian DNA) atau alat bukti lain yang sah menurut hukum telah menuai banyak kecaman dan kontroversi dari berbagai pihak, diantaranya kontroversi yang menonjol adalah dalam memaknai apa yang dimaksud dengan “anak luar kawin”. Sebagian ada yang berpendapat bahwa anak luar kawin adalah anak yang lahir dari perkawinan yang memenuhi syarat Syar’i namun tidak dicatatkan (anak yang lahir dari perkawinan di luar

ketentuan undang-undang. Pendapat lain menyebutkan bahwa anak luar kawin sesuai pemahaman yang umumnya berkembang adalah anak zina. Terhadap makna pendapat kedua akan memunculkan bahaya, karena memberi peluang untuk melegalkan perbuatan zina. Sedangkan kecaman yang paling keras muncul dari kaum Islam radikal yang menyatakan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tersebut telah mencederai negara Indonesia yang berdasarkan atas Ketuhanan Yang Maha Esa.

Mahkamah Konstitusi (MK) melalui putusannya Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 telah memutuskan bahwa ketentuan Pasal 43 ayat (1) yang berbunyi : “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, bertentangan dengan UUD-NRI 1945 bila tidak dibaca: “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.”

Tujuan dari putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 ini adalah sangat mulia yakni untuk menegaskan mengenai kedudukan anak luar kawin, bahwa anak luar kawin pun berhak mendapatkan perlindungan hukum seperti halnya anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah. Menurut pertimbangan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan di luar perkawinan.

3.5. Sikap Pembentuk UU Terhadap Anak Luar kawin Dalam UU Perkawinan.

Menelaah secara kritis mengenai anak luar kawin, khususnya yang menyangkut hakekat kedudukan hukum anak

luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya sebagaimana yang diatur didalam peraturan perundang-undangan sesudah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46 /PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 dapat dilihat dari keadilan distributif yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan.

Keadilan distributif dalam peraturan perundang-undangan artinya peraturan yang adil, yaitu peraturan pada mana terdapat keseimbangan antara kepentingan-kepentingan yang dilindungi, atau setiap orang memperoleh sebanyak mungkin yang menjadi bagiannya¹⁸⁴. Sedangkan didalam hal memberikan perlindungan hukum kepada anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, maka harus ada keseimbangan di dalam memberikan pengakuan persamaan kedudukan hukum sebagai anak dan sekaligus memberikan keseimbangan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin tersebut dengan anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah. Keseimbangan ini terdistribusikan sesuai dengan hak dan kewajiban secara proporsional.

Kita patut bersyukur sebagai bangsa Indonesia, karena telah memiliki UU Perkawinan Nasional, yang sifatnya dikatakan telah menampung sendi-sendi dan memberikan landasan hukum perkawinan yang selama ini menjadi pegangan dan berlaku bagi berbagai golongan masyarakat Indonesia yang berbeda-beda. Jadi bangsa Indonesia telah memiliki hukum perkawinan yang berdasarkan Pancasila dan tetap berpijak pada Bhineka Tunggal Ika. Hal mana berarti walaupun pada pokoknya kita sudah mempunyai hukum perkawinan yang berlandaskan kesatuan namun kebhinekaannya tetap masih berlaku. Mengapa demikian, karena berbagai perbedaan itu pengaruhnya sampai saat ini masih sangat kuat. Oleh karenanya jika yang berbeda bertemu dalam ikatan perkawinan sedangkan salah satu pihak

¹⁸⁴ L.J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, terjemahan Oetarid Sadino, Pradnya Paramita, Jakarta, 2009, hal.11.

masih tetap mempertahankan pegangannya, maka ada kalanya menimbulkan kesulitan dalam penyelesaiannya, bahkan dapat berakibat terganggunya kerukunan hidup berumah tangga.

Sehubungan dengan sikap pembentuk undang-undang terhadap eksistensi mengenai kedudukan anak luar kawin khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya di dalam UU Perkawinan, maka pada bagian ini akan dikaji dengan mempergunakan teori kepastian hukum dan teori hukum responsif sebagai pisau analisis. Dalam memahami nilai kepastian hukum, yang harus diperhatikan adalah bahwa nilai itu mempunyai hubungan yang erat dengan instrument hukum positif dan peran Negara dalam mengaktualisasikannya dalam hukum positif. Scheltema dalam membahas unsur utama Negara hukum mengungkapkan bahwa setiap unsur negara hukum diikuti unsur-unsur turunannya, yaitu salah satunya adanya kepastian hukum.¹⁸⁵ Kepastian hukum memiliki unsur-unsur yaitu : 1) asas legalitas, 2) adanya undang-undang yang mengatur tindakan yang berwenang sedemikian rupa, sehingga warga dapat mengetahui apa yang diharapkan, 3) Undang-undang tidak boleh berlaku surut, dan 4) pengendalian yang bebas dari pengaruh kekuasaan yang lain.

Esensi unsur-unsur atau makna dari kepastian hukum tersebut di atas tidak dapat dilepaskan ketika membicarakan kepastian hukum dalam kedudukan atau perannya sebagai prinsip hukum atau asas hukum (prinsip kepastian hukum). Karena dengan sendirinya esensi unsur-unsur atau makna kepastian hukum tersebut menjadi ciri atau karakter dari prinsip kepastian hukum yang akan membedakannya dengan prinsip-prinsip hukum yang lainnya.

¹⁸⁵ Ida Bagus Putu Kumara Adi Adnyana, *Penjabaran Nilai-Nilai Pancasila Dalam Materi Muatan Peraturan Perundang-Undangan*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2010, hal.162

Seperti halnya prinsip keadilan dan kemanfaatan, prinsip kepastian hukum juga sekaligus merupakan cita hukum sebagaimana yang dipopulerkan oleh Gustaf Radbruch dalam memahami hukum yang memadai melalui tiga aspek, yaitu kadilan, kepastian hukum dan kemanfaatan. Karena itulah kemudian prinsip kepastian hukum menjadi prinsip umum (universal) yang berlaku bagi setiap orang, dan di Negara hukum manapun.¹⁸⁶

Terkait dengan keberadaan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin, khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari adanya perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, sampai saat ini masih belum diatur secara jelas. Hal mana dapat dilihat dari ketentuan Pasal 43 ayat (1) dan ayat (2).

Pasal 43 UU Perkawinan menentukan didalam ayat (1) bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Sedangkan di dalam ayat (2) ditentukan bahwa kedudukan anak tersebut ayat (1) di atas, selanjutnya akan diatur dalam Peraturan Pemerintah.

Berdasarkan pada rumusan pasal tersebut, dapat diketahui bahwa pembentuk Undang-undang khususnya UU Perkawinan belum berani secara tegas mengatur keberadaan anak luar kawin didalam suatu peraturan perundang-undangan, sehingga akibatnya hubungan keperdataan antara anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan wanita lain, hanya jelas dan pasti diatur mengenai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya saja, sedangkan hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya sampai saat ini belum jelas. Sikap pembentuk UU Perkawinan masih gamang dan bahkan terkesan setengah hati untuk mengakui keberadaan kedudukan anak luar kawin di dalam hukum keluarga Indone-

¹⁸⁶ Dikutip dari Budiarttha, I Nyoman Putu, *Op.Cit*, hal.120

sia. Sikap ini bisa dilihat dari ketentuan Pasal 43 ayat (2), dimana peraturan pemerintah (PP) yang dijanjikan untuk mengatur mengenai anak luar kawin sampai saat ini belum diwujudkan, padahal UU Perkawinan sudah berlaku hampir setengah abad sejak diundangkannya. Ini berarti bahwa untuk mengatur mengenai anak luar kawin yang lahir dari perkawinan siri di dalam suatu perundang-undangan memang sangat sulit dan sensitif. Seperti diketahui bahwa kawin siri hanya dilaksanakan berdasarkan hukum agama, khususnya agama Islam, mengingat kawin siri banyak dilakukan oleh orang-orang Islam yang sudah beristri. Apabila dari kawin siri tersebut lahir anak, berdasarkan pada ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, maka anak yang bersangkutan tergolong sebagai anak luar kawin, dan hanya mempunyai hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya saja. Sedangkan bagaimana hubungan hukum dengan ayah biologisnya ternyata oleh ketentuan Pasal 43 ayat (2) UU Perkawinan masih dijanjikan akan diatur lebih lanjut dengan peraturan pemerintah.

Kesulitan ini dapat dilihat dari sejak diundangkannya UU Perkawinan tersebut, dimana sudah hampir setengah abad berlaku ternyata peraturan pemerintah yang dijanjikan oleh pembentuk UU Perkawinan ternyata belum keluar. Dan disamping itu kesulitan dan sensitifnya pengaturan mengenai anak luar kawin dapat pula dilihat dari berbagai pandangan yang berbeda didalam menyikapi keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012, yang mengakui mengenai kedudukan anak luar kawin, dimana ada yang pro dan ada yang kontra. Dua hal inilah yang memberikan pertanda bahwa mengatur mengenai anak luar kawin sangat sulit dan sensitif. Terasa sekali putusan Mahkamah Konstitusi tersebut masih memerlukan pengaturan lebih lanjut yang dituangkan di dalam suatu putusan pengadilan berupa yurisprudensi.

Memperhatikan sikap gamang yang ditunjukkan oleh pembentuk UU Perkawinan yang terbukti sampai saat ini belum mengeluarkan peraturan pemerintah (PP) yang telah dijanjikan melalui ketentuan pasal 43 ayat (2) yaitu untuk mengeluarkan

peraturan yang mengatur mengenai kedudukan anak luar kawin di dalam suatu perundang-undangan, maka dilihat dari teori hukum responsif, maka sudah merupakan kewajiban bagi lembaga legislatif untuk segera merespon putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari tersebut dalam rangka melengkapi kekurangan yang ada pada UU Perkawinan khususnya ketentuan pasal 43 ayat (2).

Sebagaimana yang dikatakan oleh Philippe Nonet dan Philip Selznick didalam sebuah bukunya yang berjudul "Hukum Responsif" menyatakan bahwa : "Hukum responsif merupakan suatu tahapan evolusi yang lebih tinggi dibandingkan dengan hukum otonom dan hukum represif."¹⁸⁷ Dalam hal kedudukan hukum anak luar kawin belum ada peraturan hukum otonom dan represif yang mengaturnya, maka dengan keluarnya putusan Mahkamah Konstutusi yang amarnya menyatakan bahwa anak luar kawin mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan/atau teknologi atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya, maka para hakim yang mengadili perkara mengenai kedudukan anak luar kawin dengan ayah biologisnya harus memberikan putusan seadil-adilnya dengan merespon Putusan Mahkamah Konsitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tersebut agar dipedomani, sehingga anak luar kawin tersebut didalam upaya mencapai keadilan dapat terwujud melalui suatu lembaga resmi yang responsif. Dalam pandangan beliau hukum responsif suatu ideal yang ringkih yang keberhasilan dan diterimanya oleh masyarakat sangat tergantung khususnya pada hal-hal mendesak yang harus segera dipenuhi dan pada sumber-sumber daya yang dapat digunakan".

Mengingat belum jelasnya pengaturan mengenai kedudukan anak luar kawin didalam peraturan perundang-undangan, nampak dengan jelas dapat diketahui bahwa sikap pembentuk undang-undang untuk menuangkan peraturan yang

¹⁸⁷ Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Loc.cit.*

mengatur mengenai anak luar kawin yang lahir dari perkawinan siri adalah belum tuntas, karena baru mengatur setengah bagian saja yakni bagian yang mengatur mengenai hubungan keperdataan dengan ibunya dan keluarga ibunya saja, sedangkan pengaturan mengenai hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya sampai saat ini belum ada, dengan demikian pengaturan mengenai hubungan keperdataan anak luar kawin dengan orang tua (ayah biologisnya) masih belum utuh, karena baru memberikan kepastian hukum mengenai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya saja, dengan demikian perlindungan hukum kepada anak luar kawin sampai saat ini belum berjalan secara utuh dan bulat.

UU Perkawinan hanya mengatur mengenai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya saja sedangkan hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya belum diatur, dan untuk mengaturnya ternyata pemerintah sendiri rupanya sangat gamang. Untuk mengubah UU Perkawinan ataupun untuk menerbitkan Peraturan Pemerintah menyangkut anak luar kawin dalam hubungan keperdataan dengan ayahnya, memang sulit, oleh sebab itu kekurangan yang ada dalam UU Perkawinan sebaiknya dicarikan jalan lain yaitu dengan merespon perkembangan yang terjadi di masyarakat. Di dalam praktik, pasti sering dialami bahwa ternyata di dalam suatu kasus tidak diatur secara jelas oleh undang-undang, termasuk UU Perkawinan yang tidak mengatur secara jelas hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya, dan bahkan undang-undang perkawinan sama sekali tidak mengaturnya.

Undang-undang itu memang tidak sempurna, memang tidak mungkin undang-undang itu mengatur segala kegiatan kehidupan manusia secara tuntas. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Sudikno Mertokusumo & Pitlo di dalam sebuah bukunya menyatakan bahwa adakalanya undang-undang itu tidak lengkap dan adakalanya undang-undang itu tidak jelas.

Meskipun tidak lengkap atau tidak jelas undang-undang harus dilaksanakan.¹⁸⁸

Etienne Portalis perencana KUH.Perdaat Prancis Code Civil tahun 1804 mengembangkan pendapat bahwa hukum yang ada itu tidak lengkap. Undang-undang tidak mungkin lengkap. Undang-undang hanya merupakan suatu tahap dalam proses pembentukan hukum dan terpaksa mencari kelengkapannya dalam praktik hukum oleh hakim.¹⁸⁹

Berdasarkan pada pendapat ahli tersebut, Negara Indonesia sebagai Negara hukum yang menganut system Eropa Kontinental atau lazim disebut dengan *civil law system*, walaupun pada prinsipnya semua norma-norma hidup berbangsa dan bernegara telah diatur dalam suatu kodifikasi hukum positif (undang-undang), namun harus diingat, bahwa pembentuk/perumus undang-undang itu adalah manusia biasa yang banyak mempunyai kekurangan-kekurangan dan kelemahan-kelemahan. Oleh sebab itu, di dalam merumuskan norma-norma hukum di dalam kodifikasi tidaklah mungkin semua aspek dan gejala sosial dapat dirumuskan di dalam kodifikasi hukum. Tentu masih sangat banyak gejala-gejala sosial masyarakat yang masih tercecce dan baru disadari keberadaannya dalam kasus-kasus konkret yang dihadapkan kepada hakim.

Dalam keadaan demikian inilah dituntut profesional hakim untuk memungut norma-norma hukum yang masih tercecce tersebut kemudian diterapkan di dalam kasus konkret yang di dalam praktik disebut hakim melakukan penemuan hukum, seperti halnya dengan cara merespon putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut bukan terpaku pada aturan hukum yang rigid, sehingga setiapak demi setiapak akan terbangun adanya Hukum Yuris-

¹⁸⁸ Sudikno Mertokusumo & A Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1993, hal.3.

¹⁸⁹ Etienne Portalis dalam H. Supandi, *Peran Hakim Agung, Metode Berpikir Yuridis Dan Konsep Keadilan Dalam Spirit Reformasi*, Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXIX No.346, IKAHI, Jakarta, September 2014, hal.10.

prudensi melalui putusan-putusan hakim, atau Hukum Doktrin, agar gejolak yang muncul dalam masyarakat tidak terlalu besar. Terlebih lagi umum sangat memahami, bahwa Hukum Yurisprudensi adalah hukum yang lebih *up to date* ketimbang hukum perundang-undangan, karena para hakim sebagai pembentuk Hukum Yurisprudensi selalu diharapkan lebih peka dengan perkembangan dan tuntutan kebutuhan masyarakat.

Untuk sampai kepada proses penemuan hukum itu, tentu para hakim harus lebih dahulu berusaha untuk menafsirkan (*interpretasi*) norma-norma hukum yang ada, atau penghalusan norma-norma hukum (*rechtsverwijning*). Manakala upaya-upaya tersebut tetap tidak dapat mencapai rasa keadilan, maka para hakim yang menyidangkan perkara tersebut wajib melakukan proses penemuan hukum dalam kasus konkret dengan mengedepankan logika hukum dan menuangkan dalam pertimbangan filosofis, pertimbangan sosiologis, dan pertimbangan yuridis.

Penguasaan metode penerapan hukum sangat penting karena beberapa hal seperti yang dikemukakan oleh Bagir Manan, yaitu :

- a. hukum tidak pernah lengkap. Hakim bertanggungjawab mengisi bagian-bagian hukum yang kosong;
- b. hukum adalah pranata abstrak dan hanya dapat diterapkan secara wajar dengan menggunakan metode penerapan tertentu;
- c. hakim bukan mulut undang-undang bahkan mulut hukum. Hakim adalah mulut keadilan yang wajib memutus menurut hukum. Hukum harus ditemukan sebelum diterapkan.¹⁹⁰

Memang ketiga unsur sasaran penegakan hukum tersebut tidak dapat ditegakkan secara merata, karena ada kompromi antara ketiga unsur tersebut. Ketiga unsur tersebut harus mendapat perhatian secara proporsional disesuaikan dengan keadaan riil masyarakat ketika kasus konkret terjadi. Disinilah peran hakim menjadi sangat menentukan dan yang wajib selalu diperhatikan, yaitu kepastian hukum, kemanfaatan, dan keadi-

¹⁹⁰ Bagir Manan dalam H. Supandi, *Ibid*, hal.11.

lan. Dan di dalam hal ini, mengingat UU Perkawinan tidak mengatur secara jelas kedudukan hukum anak luar kawin dalam hubungannya dengan ayah biologisnya, maka para hakim yang menangani perkara mengenai penegakan hukum terhadap anak luar kawin, ditantang untuk melakukan penegakan hukum responsif. Sejalan dengan yang dikemukakan oleh Henry P. Penggabean yang berpendapat bahwa refleksi perkembangan hukum salah satunya bercirikan demokrasi, yaitu penegakan hukum itu harus lebih mendekati cita rasa keadilan masyarakat dengan menerapkan secara profesional aspek *legal justice* dan *moral justice*.¹⁹¹

3.6. Ratio Decidendi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010.

Pemahaman atas kekuasaan kehakiman yang merdeka, tidak terlepas dari prinsip pemisahan kekuasaan yang dikemukakan oleh John Locke dan Montesqueiu.¹⁹² Hal ini dimaksudkan untuk menjamin sikap tidak memihak, adil, jujur atau netral (*impartiality*). Apabila kebebasan tidak dimiliki oleh kekuasaan kehakiman, dapat dipastikan tidak akan bersikap netral, terutama apabila terjadi sengketa antara penguasa dan rakyat.

Kekuasaan kehakiman merupakan badan yang menentukan isi dan kekuatan kaedah-kaedah hukum positif dalam konkretisasi oleh hakim melalui putusan-putusannya. Bagaimanapun baiknya segala peraturan perundang-undangan yang diciptakan dalam suatu negara, dalam usaha menjamin keselamatan masyarakat menuju kesejahteraan rakyat, peraturan-peraturan tersebut tidak ada artinya, apabila tidak ada kekuasaan kehakiman yang bebas yang diwujudkan dalam bentuk peradilan yang bebas dan tidak memihak, sebagai salah satu unsur negara hukum. Sebagai pelaksana dari kekuasaan kehakiman adalah hakim, yang mempunyai kewenangan dalam memberi isi dan kekuatan

¹⁹¹ Henry P.Penggabean, *Fungsi Mahkamah Agung Dalam Praktik Sehari-hari*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2002, hal.205

¹⁹² Pontang Moerad B.M., *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara pidana*, Alumni, Bandung, 2005, hal.21

kepada norma-norma hukum dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku, dan hal ini dilakukan oleh hakim melalui putusannya.

Fungsi utama dari seorang hakim adalah memberikan putusan terhadap perkara yang diajukan kepadanya, di mana didalam perkara pidana, hal itu tidak lepas dari sistem pembuktian negatif (*negative wetterlijke*), yang pada prinsipnya menentukan bahwa suatu hak atau peristiwa atau kesalahan dianggap telah terbukti, di samping adanya alat-alat bukti menurut undang-undang juga ditentukan keyakinan hakim yang dilandasi dengan integritas moral yang baik. Jadi putusan hakim bukanlah semata-mata didasarkan pada ketentuan yuridis saja, melainkan juga didasarkan pada hati nurani. Sedangkan di dalam memeriksa perkara perdata, hakim bersifat pasif, dalam arti kata bahwa ruang lingkup atau luas pokok sengketa yang diajukan kepada hakim untuk diperiksa, pada dasarnya ditentukan oleh para pihak yang berperkara dan bukan oleh hakim. Akan tetapi hakim harus aktif membantu kedua belah pihak dalam mencari kebenaran dari peristiwa hukum yang menjadi sengketa di antara para pihak. Sistem pembuktian positif (*positive wetterlijke*) digunakan hakim dalam penyelesaian perkara perdata, dimana pihak yang mengaku mempunyai sesuatu hak, maka ia harus membuktikan kebenaran dari pengakuannya, dengan didasarkan pada bukti-bukti formil, yaitu alat-alat bukti sebagaimana yang terdapat didalam hukum acara perdata.

Memeriksa dan memutus suatu perkara bukanlah suatu pekerjaan yang mudah. Dalam era keterbukaan saat ini, dunia peradilan mulai digugat untuk membuka diri, sehingga putusan hakim tidak lagi semata-mata hanya menjadi bahan perbincangan secara hukum dan ilmu hukum atau menjadi kajian ilmu hukum saja, tetapi lebih jauh menjadi konsumsi publik untuk dibicarakan dan diperdebatkan, terlebih jika ada putusan hakim yang dirasakan kurang memuaskan masyarakat. Ungkapan yang sering didengar atas putusan tersebut seperti : “kurang mencerminkan rasa keadilan msyarakat, terlalu legalistik formal ataupun tidak menunjang program pemerintah dalam pemberantasan *illegal logging* dan korupsi”, serta berbagai

komentar lain yang terasa bernada skeptis. Bahkan tidak hanya komentar yang mengemuka, tetapi tak jarang disertai aksi unjuk rasa yang mengerahkan massa, dan tidak jarang disertai dengan tindakan anarkis yang merusak kepentingan umum atau merusak gedung pengadilan, sehingga merugikan masyarakat banyak maupun Negara.¹⁹³

Menurut Gerhard Robbes sebagaimana dikemukakan oleh Bagir Manan yang dimuat didalam makalahnya menyatakan bahwa secara kontekstual ada 3 (tiga) esensi yang terkandung dalam kebebasan hakim dalam melaksanakan kekuasaan kehakiman, yaitu :

1. hakim hanya tunduk pada hukum dan keadilan,
2. tidak seorang pun termasuk pemerintah dapat mempengaruhi atau mengarahkan putusan yang akan dijatuhkan oleh hakim, dan
3. tidak boleh ada konsekuensi terhadap pribadi hakim dalam menjalankan tugas dan fungsi yudisialnya.¹⁹⁴

Kebebasan hakim dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara merupakan mahkota bagi hakim dan harus tetap dikawal dan dihormati oleh semua pihak tanpa kecuali, sehingga tidak ada satu pun pihak yang dapat mengintervensi hakim dalam menjalankan tugasnya tersebut.

Sebelum menjatuhkan putusan, hakim harus bertanya kepada diri sendiri, jujurkah ia dalam mengambil putusan ini, atau sudah tepatkah putusan yang diambilnya itu, akan dapat menyelesaikan suatu sengketa, atau adilkah putusan ini atau seberapa jauh manfaat dari putusan yang dijatuhkan oleh seorang hakim bagi para pihak dalam perkara atau bagi masyarakat pada umumnya.

Menurut Mackenzie, ada beberapa teori atau pendekatan yang dapat dipergunakan oleh hakim dalam mempertimbang-

¹⁹³ Bagir Manan, *Hakim Dan Pemidanaan*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No.249, Bulan Agustus 2006, Ikahi, Jakarta, 2006 , hal. 5

¹⁹⁴ Gerhard Robbes dalam Bagir Manan, *Ibid*, hal.6

kan penjatuhan putusan dalam suatu perkara, yaitu: 1) teori keseimbangan, 2) teori pendekatan seni dan intuisi, 3) teori pendekatan keilmuan, 4) teori pendekatan pengalaman, dan 5) teori *ratio decidendi*.¹⁹⁵

Teori *ratio decidendi* didasarkan pada landasan filsafat yang mendasar, yang mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang disengketakan, kemudian mencari peraturan perundang-undangan yang relevan dengan pokok perkara yang disengketakan sebagai dasar hukum dalam penjatuhan putusan, serta pertimbangan hakim harus didasarkan pada motivasi yang jelas untuk menegakkan hukum dan memberikan keadilan bagi para pihak yang berperkara.¹⁹⁶

Landasan filsafat merupakan bagian dari pertimbangan seorang hakim dalam menjatuhkan putusan, karena filsafat itu biasanya berkaitan dengan hati nurani dan rasa keadilan yang terdapat dalam diri hakim tersebut, agar putusannya itu dapat memberikan rasa keadilan yang tidak bergantung pada keadilan yang bersifat formal (*procedural*), tetapi juga keadilan yang bersifat substantif, dengan tetap mempertimbangkan segala aspek yang berkaitan dengan pokok perkara yang disengketakan oleh para pihak, seperti aspek pendidikan (*education*), aspek kemanusiaan (*humanity*), ataupun aspek kemanfaatan, penerapan hukum (*law enforcement*), kepastian hukum, dan aspek hukum lainnya.

Kemudian peraturan perundang-undangan merupakan dasar bagi seorang hakim untuk menentukan putusan yang dijatuhkannya, walaupun hakim bukanlah sekedar corong undang-undang atau menerapkan hukum semata, tetapi tetap saja peraturan perundang-undangan merupakan pedoman bagi seorang hakim dalam menjatuhkan suatu putusan.

Selanjutnya, dalam suatu putusan haruslah dikemukakan pertimbangan-pertimbangan hukum, sehingga seorang hakim sampai pada putusannya sebagaimana dalam amar putusan,

¹⁹⁵ Mackenzie dalam Bagir Manan, *Ibid*, hal.7-12

¹⁹⁶ Jazim Hamidi dalam Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010, hal.110.

dimana dalam pertimbangan-pertimbangan itu dapat dibaca motivasi yang jelas dari tujuan putusan diambil, yaitu untuk menegakkan hukum (kepastian hukum) dan memberikan keadilan bagi para pihak dalam perkara.

Masyarakat pada umumnya kurang menaruh perhatian pada bagian putusan yang berupa pertimbangan hukum, termasuk pertimbangan bagian hal-hal yang memberatkan dan meringankan hukuman, yang melandasi pemikiran hakim, sehingga hakim sampai pada putusannya. Persepsi masyarakat seperti ini dikarenakan masyarakat mempunyai pemikiran sendiri dengan landasan bahwa amar putusan merupakan hasil akhir dari perenungan atau pertimbangan hakim. Oleh karena itu, apabila putusan diibaratkan sebagai mahkota dari putusan itu sendiri, karena pada bagian inilah ditentukan pelaksanaan daripada putusan hakim tersebut.

Terkait dengan pertimbangan hakim ini, Edy Wibowo didalam sebuah makalahnya mengatakan bahwa :

“Bagian pertimbangan sebenarnya tidak kalah pentingnya dibandingkan dengan bagian amar putusan dan justru bagian pertimbangan itulah yang menjadi roh dari seluruh materi isi putusan, bahkan putusan yang tidak memuat pertimbangan yang cukup (*onvoeldoende gemootiveerd*) dapat menjadi alasan untuk diajukannya suatu upaya hukum baik itu banding maupun kasasi, yang dapat menimbulkan potensi putusan tersebut akan dapat dibatalkan oleh pengadilan yang lebih tinggi”.¹⁹⁷

Putusan hakim dalam suatu perkara mengandung pertimbangan yang sifatnya sepintas lalu yang kadang tidak relevan, yang tidak secara langsung mengenai pokok perkara yang diajukan, dimana hal ini disebut dengan *obiter dictum*, dan ada pula putusan hakim yang mengandung pertimbangan mengenai pokok perkara secara langsung, yang disebut dengan *ratio deci-*

¹⁹⁷ Edy Wibowo, *Mengapa Putusan Pemidanaan Hakim Cenderung Lebih Ringan daripada Tuntutan*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No.257 Bulan April 2007, Ikahi, Jakarta , 2007, hal.38.

dendi. Pertimbangan atau alasan yang secara langsung mengenai pokok perkara, yaitu kaidah hukum yang merupakan dasar putusan inilah yang mengikat para pihak yang bersengketa.¹⁹⁸

Ratio decidendi Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012 telah menggemparkan dunia hukum Indonesia, khususnya mengenai pertimbangan pemberian hak keperdataan terhadap anak luar kawin. Pertimbangan hakim didalam Putusan ini telah menciptakan adanya berbagai pandangan yang berbeda-beda mengenai kedudukan anak luar kawin, di satu sisi ada pihak yang menyebutkan bahwa putusan Mahkamah Konstitusi telah melegalkan perzinahan di Indonesia, sedangkan pada pihak yang lain putusan Mahkamah Konstitusi justru merupakan terobosan hukum demi terwujudnya penyempurnaan kedudukan hukum anak luar kawin yang pengaturannya di dalam UU Perkawinan belum tuntas, sehingga putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut telah memberikan pengakuan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin yang lahir ke dunia ini yang sesungguhnya mempunyai harkat dan martabat sama dengan anak-anak hasil perkawinan sah pada umumnya.

Dari Sembilan orang hakim Konstitusi yang memutus perkara tersebut yaitu diantaranya Mahfud MD sebagai hakim Ketua, dan dibantu oleh para anggotanya yakni Acmad Sodiki, Harjono, Ahmad Fadlil Sumadi, Anwar Usman, Hamdan Zoelva, M.Akil Mochtar, dan Muhmmad Alim telah memberikan beberapa pertimbangan sebagai berikut :

- [3.1] Menimbang bahwa maksud dan tujuan permohonan *a quo* adalah untuk menguji Pasal 2 Ayat (2) dan Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan terhadap UUD-NRI 1945;
- [3.2] Menimbang bahwa sebelum mempertimbangkan pokok permohonan, Mahkamah Konstitusi (selanjutnya disebut Mahkamah) terlebih dahulu akan mempertimbangkan :

¹⁹⁸ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2001, hal.54.

- a. Kewenangan Mahkamah untuk mengadili permohonan *a quo*.
- b. Kedudukan hukum (*legal standing*) para pemohon untuk mengajukan permohonan *a quo*.

Tentang Kewenangan Mahkamah.

- [3.3] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 24 C Ayat (1) UUD-NRI 1945 dan Pasal 10 ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 24 tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2011 Nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5226, selanjutnya disebut UU MK), serta Pasal 29 Ayat (1) huruf a Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman (Lembaran Negara Rpublik Indonesia Tahun 2009 Nomor 157, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 6076, selanjutnya disebut UU 48/2009), salah satu kewenangan konstitusional Mahkamah adalah mengadili pada tingkat pertama dan terakhir yang putusannya bersifat final untuk menguji undang-undang terhadap Undang-Undang Dasar.
- [3.4] Menimbang bahwa permohonan para pemohon adalah untuk menguji konstitusionalitas norma Pasal 2 Ayat (2) dan pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan terhadap UUD-NRI 1945, yang menjadi salah satu kewenangan Mahkamah, sehingga oleh karena Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan aquo.

Tentang Kedudukan Hukum (*Legal Standing*) Para Pemohon.

- [3.5] Menimbang bahwa berdasarkan Pasal 51 Ayat (1) UU MK beserta penjelasannya, yang dapat mengajukan permohonan Pengujian Undang-Undang terhadap UUD-NRI 1945 adalah mereka yang menganggap hak dan/

atau kewenangan konstitusionalnya yang diberikan oleh UUD-NRI 1945 dirugikan oleh berlakunya suatu Undang-Undang, yaitu :

- a. Perorangan warga Negara Indonesia (termasuk kelompok orang yang mempunyai kepentingan sama);
- b. Kesatuan masyarakat hukum adat sepanjang masih hidup dan sesuai dengan perkembangan masyarakat dan prinsip Negara Kesatuan Republik Indonesia yang diatur dalam Undang-Undang;
- c. Badan hukum publik atau privat ; atau
- d. Lembaga Negara.

Dengan demikian, para Pemohon dalam pengujian Undan-undang terhadap UUD-NRI 1945 harus menjelaskan dan membuktikan terlebih dahulu :

- a. Kedudukannya sebagai para pemohon sebagaimana dimaksud Pasal 51 ayat (1) UU MK;
- b. Kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional yang diberikan oleh UUD-NRI 1945 yang diakibatkan oleh berlakunya Undang-undang yang dimohonkan pengujian.

[3.6] Menimbang pula bahwa Mahkamah sejak Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 006/PUU-III/2005 bertanggal 31 Mei 2005 dan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 11/PUU-V/2007 bertanggal 20 September 2007, serta putusan-putusan selanjutnya berpendirian bahwa kerugian hak dan/atau kewenangan konstitusional sebagaimana dimaksud Pasal 51 Ayat (1) UU MK harus memenuhi lima syarat, yaitu :

Adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional Pemohon yang diberikan oleh UUD-NRI 1945.

Adanya hak dan/atau kewenangan konstitusional tersebut oleh Pemohon dianggap dirugikan oleh

berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian.

Kerugian konstitusional tersebut harus bersifat spesifik (khusus) dan aktual atau setidaknya-potensial yang menurut penalaran yang wajar dapat dipastikan akan terjadi.

Adanya hubungan sebab-akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya undang-undang yang dimohonkan pengujian.

Adanya kemungkinan bahwa dengan dikabulkannya permohonan maka kerugian konstitusional seperti yang didalilkan tidak akan atau tidak lagi terjadi.

- [3.7] Menimbang bahwa berdasarkan uraian sebagaimana tersebut pada paragraf [3.5] dan [3.6] di atas, selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan mengenai kedudukan hukum (*legal standing*) para Pemohon dalam permohonan *a quo* sebagai berikut :
- [3.8] Menimbang bahwa pada pokoknya para Pemohon mendalilkan sebagai perorangan warga Negara Indonesia yang mempunyai hak konstitusional yang diatur dalam UUD-NRI 1945 yaitu : Pasal 28 B Ayat (1) yang menyatakan, “Setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”; Pasal 28 B ayat (2) yang menyatakan, “Setiap anak berhak atas kelangsungan hidup, tumbuh, dan berkembang serta berhak atas perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi”, dan Pasal 28 D Ayat (1) yang menyatakan, “Setiap orang berhak atas pengakuan, jaminan, perlindungan, dan kepastian hukum yang adil serta perlakuan yang sama di hadapan hukum”; Hak konstitusional tersebut telah dirugikan akibat berlakunya ketentuan Pasal 2 ayat (2) dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan.
- [3.9] Menimbang bahwa dengan memperhatikan akibat yang dialami oleh para Pemohon dikaitkan dengan hak

konstitusional para Pemohon, menurut Mahkamah, terdapat hubungan sebab akibat (*causal verband*) antara kerugian dimaksud dan berlakunya Undang-Undang yang dimohonkan pengujian, sehingga para Pemohon memenuhi syarat kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*.

- [3.10] Menimbang bahwa oleh karena Mahkamah berwenang mengadili permohonan *a quo*, dan para Pemohon memiliki kedudukan (*legal standing*), selanjutnya Mahkamah akan mempertimbangkan pokok permohonan.
- [3.11] Menimbang bahwa pokok permohonan para Pemohon, adalah pengujian Konstitusionalitas Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang menyatakan, "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku", dan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya", khususnya mengenai hak untuk mendapatkan status hukum anak;
- [3.12] Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai pencatatan perkawinan menurut peraturan perundang-undangan adalah mengenai makna hukum (*legal standing*) pencatatan perkawinan. Mengenai permasalahan tersebut, penjelasan umum angka 4 huruf b UU Perkawinan tentang asas-asas atau prinsip-prinsip perkawinan menyatakan,

"... bahwa suatu perkawinan adalah sah bilamana dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu, dan disamping itu tiap-tiap perkawinan harus dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pencatatan tiap-tiap perkawinan adalah sama halnya dengan pencatatan peristiwa-peristiwa penting dalam kehidupan seseorang, misalnya kelahiran, kematian yang dinyatakan dalam surat-surat keterangan, suatu akte yang juga dimuat dalam daftar pencatatan."

Berdasarkan penjelasan UU Perkawinan di atas nyatalah bahwa (i) pencatatan perkawinan bukanlah merupakan faktor yang menentukan sahnyanya perkawinan; dan (ii) pencatatan perkawinan merupakan kewajiban administratif yang diwajibkan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Adapun faktor yang menentukan sahnyanya perkawinan adalah syarat-syarat yang ditentukan oleh agama dari masing-masing pasangan calon mempelai. Diwajibkannya pencatatan perkawinan oleh Negara melalui peraturan perundang-undangan merupakan kewajiban administratif.

Makna pentingnya kewajiban administratif berupa pencatatan perkawinan tersebut, menurut Mahkamah, dapat dilihat dari dua perspektif. *Pertama*, Dari perspektif negara, pencatatan dimaksud diwajibkan dalam rangka fungsi negara memberikan jaminan perlindungan, pemajuan, penegakan, dan pemenuhan hak asasi manusia yang bersangkutan yang merupakan tanggungjawab negara dan harus dilakukan sesuai dengan prinsip negara hukum yang demokratis yang diatur serta dituangkan dalam peraturan perundang-undangan [vide Pasal 28 I ayat (4) dan ayat (5) UUD-NRI 1945]. Sekiranya pencatatan dimaksud dianggap sebagai pembatasan, pencatatan demikian menurut Mahkamah tidak bertentangan dengan ketentuan konstitusional karena pembatasan ditetapkan dengan undang-undang dan dilakukan dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain, dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis [vide Pasal 28 J ayat (2) UUD-NRI 1945].

Kedua, pencatatan secara administratif yang dilakukan oleh negara dimaksudkan agar perkawinan, sebagai perbuatan hukum penting dalam kehidupan yang dilakukan oleh yang bersangkutan, yang berim-

plikasi terjadinya akibat hukum yang sangat luas, di kemudian hari dapat dibuktikan dengan bukti yang sempurna dengan suatu akte otentik, sehingga perlindungan artinya, dengan dimilikinya bukti otentik perkawinan, hak-hak yang timbul sebagai akibat perkawinan dapat terlindungi dan terlayani dengan baik, karena tidak diperlukan proses pembuktian yang memakan waktu, uang, tenaga, dan pikiran yang lebih banyak, seperti pembuktian mengenai asal-usul anak dalam Pasal 55 UU Perkawinan yang mengatur bahwa bila asal-usul anak tidak dapat dibuktikan dengan akta otentik maka mengenai hal itu akan ditetapkan dengan putusan pengadilan yang berwenang. Pembuktian yang demikian pasti tidak lebih efektif dan efisien bila dibandingkan dengan adanya akta otentik sebagai buktinya.

- [3.13] Menimbang bahwa pokok permasalahan hukum mengenai anak yang dilahirkan di luar perkawinan adalah mengenai makna hukum (*legal meaning*) frasa “yang dilahirkan di luar perkawinan”. Untuk memperoleh jawaban dalam perspektif yang lebih luas perlu dijawab pula permasalahan terkait, yaitu permasalahan tentang sahnya anak. Secara alamiah, tidaklah mungkin seorang perempuan hamil tanpa terjadinya pertemuan antara *ovum* dan *spermatozoa* baik melalui hubungan seksual (*coitus*) maupun melalui cara lain berdasarkan perkembangan teknologi yang menyebabkan terjadinya pembuahan.

Oleh karena itu, tidak tepat dan tidak adil manakala hukum menetapkan bahwa anak yang lahir dari suatu kehamilan karena hubungan seksual di luar perkawinan hanya memiliki hubungan dengan perempuan tersebut sebagai ibunya. Adalah tidak tepat dan tidak adil pula jika hukum membebaskan laki-laki yang melakukan hubungan seksual yang menyebabkan terjadinya kehamilan dan kelahiran anak tersebut dari tanggung jawabnya sebagai seorang bapak dan bersamaan dengan itu hukum meniadakan hak-hak anak terhadap lelaki

tersebut sebagai bapaknya. Lebih-lebih manakala berdasarkan perkembangan teknologi yang ada memungkinkan dapat dibuktikan bahwa seorang anak itu merupakan anak dari laki-laki tertentu.

Akibat hukum dari peristiwa hukum kelahiran karena kehamilan, yang didahului dengan hubungan seksual antara seorang perempuan dengan seorang laki-laki, adalah hubungan hukum yang didalamnya terdapat hak dan kewajiban secara bertimbal balik, yang subyek hukumnya meliputi anak, ibu, dan bapak. Berdasarkan uraian di atas, hubungan anak dengan seorang laki-laki sebagai bapak tidak semata-mata karena adanya ikatan perkawinan, akan tetapi dapat juga didasarkan pada pembuktian adanya hubungan darah antara anak dengan laki-laki tersebut sebagai bapak.

Dengan demikian, terlepas dari soal prosedur/administrasi perkawinannya, anak yang dilahirkan harus mendapatkan perlindungan hukum. Jika tidak demikian, maka yang dirugikan adalah anak yang dilahirkan di luar perkawinan, padahal anak tersebut tidak berdosa karena kelahirannya di luar kehendaknya. Anak yang dilahirkan tanpa memiliki kejelasan ayah seringkali mendapatkan perlakuan yang tidak adil dan stigma di tengah-tengah masyarakat. Hukum harus memberi perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinannya masih dipersengketakan;

- [3.14] Menimbang bahwa berdasarkan uraian tersebut di atas maka pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan, "Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya" harus dibaca, "Anak yang dilahirkan di luar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan

ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”.

- [3.15] Menimbang bahwa, berdasarkan seluruh pertimbangan di atas, maka dalil para Pemohon sepanjang menyangkut Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan tidak beralasan menurut hukum. Adapun Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan, “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya” adalah bertentangan dengan UUD-NRI 1945 secara bersyarat (*conditionally unconstitutional*) yakni inkonstitusional sepanjang ayat tersebut dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya.

Dari pertimbangan Majelis hakim MK seperti terurai di atas, ternyata ada seorang majelis hakim MK Maria Farida Indrati mempunyai pandangan yang berbeda, yaitu :

- [4.1] Perkawinan menurut Pasal 1 UU Perkawinan adalah “... ikatan lahir bathin antara seorang pria dengan seorang wanita sebagai suami isteri dengan tujuan membentuk keluarga (rumah tangga) yang bahagia dan kekal berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa”. Sedangkan mengenai syarat sahnya perkawinan Pasal 2 UU Perkawinan menyatakan bahwa : ayat (1) “ Perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.” Sementara ayat (2) menyatakan, “Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Keberadaan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan menimbulkan *ambiguitas* bagi pemaknaan Pasal 2 ayat (1) UU Perkawinan karena pencatatan yang dimaksud oleh Pasal 2 ayat (2) undang-undang *aquo* tidak ditegaskan apakah sekedar pencatatan secara administratif

yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang telah dilangsungkan menurut agama atau kepercayaan masing-masing, ataukah pencatatan tersebut berpengaruh terhadap sah atau tidaknya perkawinan yang dilakukan.

Keberadaan norma agama dan norma hukum dalam satu peraturan perundang-undangan yang sama, memiliki potensi untuk saling melemahkan bahkan bertentangan. Dalam perkara ini, potensi saling meniadakan terjadi antara Pasal 2 ayat (1) dengan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan. Pasal 2 ayat (1) yang pada pokoknya menjamin bahwa perkawinan adalah sah jika dilakukan menurut hukum masing-masing agama dan kepercayaannya, ternyata menghalangi dan sebaliknya juga dihalangi oleh keberlakuan Pasal 2 ayat (2) yang pada pokoknya mengatur bahwa perkawinan akan sah dan memiliki kekuatan hukum jika telah dicatat oleh instansi berwenang atau pegawai pencatat nikah. Jika Pasal 2 Ayat (2) UU Perkawinan dimaknai pencatatan administratif yang tidak berpengaruh terhadap sah atau tidak sahnya suatu pernikahan, maka hal tersebut tidak bertentangan dengan UUD-NRI 1945 karena tidak terjadi penambahan terhadap syarat perkawinan. Seturut dengan itu, maka “perkawinan” dalam Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang *a quo* juga akan dimaknai sebagai perkawinan yang sah secara Islam atau perkawinan menurut rukun nikah yang lima.

Namun demikian, berdasarkan tinjauan sosiologis tentang lembaga perkawinan dalam masyarakat, sahnya perkawinan menurut agama dan kepercayaan tertentu tidak dapat secara langsung menjamin terpenuhinya hak-hak keperdataan isteri, suami, dan/atau anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut karena pelaksanaan norma agama dan adat di masyarakat diserahkan sepenuhnya kepada kesadaran individu dan kesadaran masyarakat tanpa dilindungi oleh otoritas resmi (Negara) yang memiliki kekuatan pemaksa.

- [4.2] Pencatatan perkawinan diperlukan sebagai perlindungan Negara kepada pihak-pihak dalam perkawinan, dan juga untuk menghindari kecenderungan dari inkonsistensi penerapan ajaran agama dan kepercayaan secara sempurna/utuh pada perkawinan yang dilaksanakan menurut agama dan kepercayaannya tersebut. Dengan kata lain, pencatatan perkawinan diperlukan untuk menghindari penerapan hukum agama dan kepercayaan itu dalam perkawinan secara sepotong-sepotong untuk melegitimasi sebuah perkawinan, sementara kehidupan rumah tangga pasca perkawinan tidak sesuai dengan tujuan perkawinan dimaksud. Adanya penelantaran isteri dan anak, kekerasan dalam rumah tangga, fenomena kawin kontrak, fenomena isteri simpanan (wanita idaman lain), dan lain sebagainya, adalah bukti tidak adanya konsistensi penerapan tujuan perkawinan secara utuh.

Esensi pencatatan, selain demi tertib administrasi, adalah untuk melindungi wanita dan anak-anak. Syarat pencatatan perkawinan dimaksud dapat diletakkan setidaknya dalam dua konteks utama, yaitu (i) mencegah dan (ii) melindungi, wanita dan anak-anak dari perkawinan yang dilaksanakan secara tidak bertanggung jawab. Pencatatan sebagai upaya perlindungan terhadap wanita dan anak-anak dari penyalahgunaan perkawinan, dapat dilakukan dengan menetapkan syarat agar rencana perkawinan yang potensial menimbulkan kerugian dapat dihindari dan ditolak.

Negara mengatur (mengundangkan) syarat-syarat perkawinan sebagai upaya positivisasi norma ajaran agama dan kepercayaan dalam hukum perkawinan. Syarat-syarat perkawinan yang dirumuskan oleh negara, yang pemenuhannya menjadi syarat pencatatan nikah sekaligus syarat terbitnya Akta Nikah, dapat ditemukan dalam UU Perkawinan dan peraturan perundang-undangan lainnya yang terkait dengan perkawinan dan administrasi kependudukan. Sepakat dengan pendapat

yang dikemukakan oleh D.Y Witanto dalam bukunya menyatakan bahwa harapan untuk adanya upaya sinkronisasi peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan perkawinan menurut agama dan kepercayaannya dengan konstruksi hukum Negara mengenai perkawinan menurut agama dan kepercayaannya dan masalah yang menyangkut administrasi kependudukan.¹⁹⁹

- [4.3] Tidak dapat dipungkiri bahwa dalam praktiknya, hukum tidak selalu dapat dilaksanakan sesuai yang dikehendaki oleh pembuatnya. Pada kenyataannya, hingga saat ini masih terdapat perkawinan-perkawinan yang mengabaikan UU Perkawinan dan hanya menyandarkan pada syarat perkawinan menurut ajaran agama dan kepercayaannya tertentu. Terhadap perkawinan secara hukum agama dan kepercayaan yang tidak dilaksanakan menurut UU Perkawinan yang tentunya juga tidak dicatatkan, Negara akan mengalami kesulitan dalam memberikan perlindungan secara maksimal terhadap hak-hak wanita sebagai isteri dan hak-hak anak-anak yang kelak dilahirkan dari perkawinan tersebut.

Para Pemohon menyatakan bahwa Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang menyatakan, "Tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku", adalah bertentangan dengan Pasal 28 B ayat (1) dan ayat (2), serta Pasal 28 D ayat (1) UUD-NRI 1945.

Ketentuan Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan tidak bertentangan dengan Pasal 28 B ayat (1) UUD-NRI 1945 karena Pasal 2 ayat (2) Undang-undang *a quo* yang mensyaratkan pencatatan, meskipun faktanya menambah persyaratan untuk melangsungkan perkawinan, namun ketiadaannya tidak menghalangi adanya pernikahan itu sendiri.²⁰⁰

¹⁹⁹ D.Y. Witanto, *Op.Cit.*, hal.209

²⁰⁰ *Ibid*, hal.2010

Kenyataan ini dapat dilihat dari adanya pelaksanaan program/kegiatan perkawinan massal dari sejumlah pasangan yang telah lama melaksanakan perkawinan tetapi tidak dicatatkan. Selain itu hak anak yang dilindungi oleh Pasal 28 B ayat (2) dan Pasal 28 D ayat (1) UUD-NRI 1945, tidak dirugikan oleh adanya Pasal 2 ayat (2) Undang-undang *aquo* yang mensyaratkan pencatatan, meskipun faktanya menambah persyaratan untuk melangsungkan perkawinan, namun ketiadaannya tidak menghalangi adanya pernikahan itu sendiri.

Kenyataan ini dapat terlihat adanya pelaksanaan program/kegiatan perkawinan massal dari sejumlah pasangan yang telah lama melaksanakan perkawinan tetapi tidak dicatatkan. Selain itu hak anak yang dilindungi oleh Pasal 28 B ayat (2) dan Pasal 28 D ayat (1) UUD-NRI 1945, tidak dirugikan oleh adanya Pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan yang mensyaratkan pencatatan perkawinan. Perlindungan terhadap hak anak sebagaimana diatur oleh Pasal 28 B ayat (2) dan pasal 28 D ayat (1) UUD-NRI 1945, justru akan dapat dimaksimalkan apabila semua perkawinan dicatatkan sehingga dengan mudah dapat diketahui silsilah anak dan siapa yang memiliki kewajiban terhadap anak dimaksud.

Pencatatan perkawinan adalah dimensi sosial yang dimaksudkan untuk memberikan jaminan atas status dan akibat hukum dari suatu peristiwa hukum seperti juga pencatatan tentang kelahiran dan kematian. Berdasarkan pertimbangan tersebut, menurut saya tidak ada kerugian konstitusional yang dialami para pemohon sebagai akibat keberadaan pasal 2 ayat (2) UU Perkawinan, walaupun jika pencatatan ditafsirkan sebagai syarat mutlak bagi sahnya hak konstitusional Pemohon I.

- [4.4] Harus diakui bahwa praktik hukum sehari-hari menunjukkan adanya pluralisme hukum karena adanya golongan masyarakat yang dalam hubungan keperdataannya sehari-hari berpegang pada hukum agama, atau secara utuh berpegang pada hukum nasional, maupun

berdasarkan hubungan keperdataannya pada hukum adat setempat. Pluralisme hukum ini diatur dan secara tegas dilindungi oleh UUD-NRI 1945, selama tidak bertentangan dengan cita-cita Negara Kesatuan Republik Indonesia. Sebagai implikasi pluralisme hukum, memang tidak dapat dihindari terjadinya friksi-friksi, baik yang sederhana maupun yang kompleks, terkait praktik-praktik hukum nasional, hukum agama, maupun hukum adat dimaksud. Dengan semangat menghindarkan adanya friksi-friksi dan efek negatif dan friksi-friksi dimaksud, Negara menghadirkan hukum nasional (peraturan perundang-undangan) yang berusaha menjadi payung bagi pluralisme hukum. Tidak dapat dihindarkan jika upaya membuat sebuah payung yang mengayomi pluralisme hukum, di satu sisi harus menyelaraskan tafsir bagi pelaksanaan hukum agama maupun hukum adat.

Praktik pembatasan semacam ini mendapatkan pembedanya dalam paham konstitusionalisme, yang bahkan Pasal 28 J ayat (2) UUD-NRI 1945 menyatakan dengan tegas bahwa, "Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuan serta penghormatan atas hak dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan, dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis." Dalam kenyataannya, di Indonesia masih banyak terdapat perkawinan yang hanya mendasarkan pada hukum agama atau kepercayaan, yaitu berpegang pada syarat-syarat sahnya perkawinan menurut ajaran agama atau kepercayaan tertentu tanpa melakukan pencatatan perkawinan sebagai bentuk jaminan kepastian hukum dari negara atas akibat dari suatu perkawinan. Kenyataan ini dalam praktiknya dapat merugikan wanita sebagai isteri, dan anak-anak yang lahir dari

perkawinan tersebut. Terkait dengan perlindungan terhadap wanita dan anak-anak sebagaimana telah diuraikan di atas, terdapat perbedaan kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU Perkawinan dari sisi subyek hukumnya, yaitu (i) akibat bagi wanita atau isteri; dan (ii) akibat bagi anak-anak yang lahir dari perkawinan dimaksud.

- [4.5] Secara teoritis, norma agama atau kepercayaan memang tidak dapat dipaksakan oleh Negara untuk melaksanakan, karena norma agama atau kepercayaan merupakan wilayah keyakinan transendenta yang bersifat privat, atau hubungan antara manusia dengan penciptanya. Sedangkan norma hukum, dalam hal ini UU Perkawinan, merupakan ketentuan yang dibuat oleh Negara sebagai perwujudan kesepakatan warga (masyarakat) dengan Negara sehingga dapat dipaksakan keberlakuannya oleh Negara (Pemerintah).

Potensi kerugian akibat perkawinan yang tidak didasarkan pada UU Perkawinan, bagi wanita (isteri) sangat beragam, tetapi sebenarnya yang terpenting adalah apakah kerugian tersebut dapat dipulihkan atau tidak. Disinilah titik krusial UU Perkawinan terutama pengaturan mengenai pencatatan perkawinan. Dalam konteks sistem hukum perkawinan, perlindungan oleh Negara (pemerintah) terhadap pihak-pihak dalam perkawinan, terutama terhadap wanita sebagai isteri, hanya dapat dilakukan jika perkawinan dilakukan secara sadar sesuai dengan UU Perkawinan, yang salah satu syaratnya adalah perkawinan dilakukan dengan dicatatkan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku (vide Pasal 2 UU Perkawinan).

Konsekuensi lebih jauh, terhadap perkawinan yang dilaksanakan tanpa dicatatkan, negara tidak dapat memberikan perlindungan mengenai status perkawinan, harta gono gini, waris, dan hak-hak lain yang timbul dari sebuah perkawinan, karena untuk membuktikan

dahulu adanya perkawinan antara wanita (isteri) dengan suaminya.

- [4.6] Perkawinan yang tidak didasarkan pada UU Perkawinan juga memiliki potensi untuk merugikan anak-anak yang dilahirkan dari perkawinan tersebut. Potensi kerugian bagi anak yang terutama adalah tidak diakuinya hubungan anak dengan bapak kandung (bapak biologis)-nya, yang tentunya mengakibatkan tidak dapat dituntutnya kewajiban bapak kandungnya untuk membiayai kebutuhan hidup anak dan hak-hak keperdataan lainnya. Selain itu, dalam masyarakat yang masih berupaya mempertahankan kearifan nilai-nilai tradisional, pengertian keluarga selalu merujuk pada pengertian keluarga batih atau keluarga elementer, yaitu suatu keluarga yang terdiri dari ayah, ibu, dan anak (anak-anak). Keberadaan anak dalam keluarga yang tidak memiliki kelengkapan unsur keluarga batih atau tidak memiliki pengakuan dari bapak biologisnya, akan memberikan stigma negatif, misalnya, sebagai anak haram.

Stigma ini adalah sebuah potensi kerugian bagi anak, terutama kerugian secara sosio-psikologis, yang sebenarnya dapat dicegah dengan tetap mengakui hubungan anak dengan bapak biologisnya. Dari perspektif peraturan perundang-undangan, pembedaan perlakuan terhadap anak karena sebab-sebab tertentu yang sama sekali bukan diakibatkan oleh tindakan anak bersangkutan, dapat dikategorikan sebagai tindakan yang diskriminatif. Potensi kerugian tersebut dipertegas dengan ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang menyatakan, "Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya." Keberadaan Pasal *a quo* menutup kemungkinan bagi anak untuk memiliki hubungan keperdataan dengan bapak kandungnya.

Hal tersebut adalah risiko dari perkawinan yang tidak dicatatkan atau perkawinan yang tidak dilaksanakan menurut UU Perkawinan, tetapi tidaklah pada

tempatny jika anak harus ikut menanggung kerugian yang ditimbulkan oleh tindakan (perkawinan) kedua orang tuanya, Jika dianggap sebagai sebuah sanksi, hukum negara maupun hukum agama (dalam hal ini agama Islam) tidak mengenal konsep anak harus ikut menanggung sanksi akibat tindakan yang dilakukan oleh kedua orang tuanya, atau yang dikenal dengan istilah “dosa turunan.”

Dengan kata lain, potensi kerugian akibat perkawinan yang dilaksanakan tidak sesuai dengan UU Perkawinan merupakan resiko bagi laki-laki dan wanita yang melakukan perkawinan, tetapi bukan risiko yang harus ditanggung oleh anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Dengan demikian menurut Saya, pemenuhan hak-hak anak yang terlahir dari suatu perkawinan, terlepas dari sah atau tidaknya perkawinan tersebut menurut hukum Negara, tetapi menjadi kewajiban kedua orang tua kandung atau kedua orang tua biologisnya.

Konklusi dan Amar Putusan

Atas dalil-dalil permohonan pemohon dan proses pembuktian yang panjang akhirnya Mahkamah Konstitusi berdasarkan pendapat dari 9 (Sembilan) hakim konstitusi telah memberikan kesimpulan dan amar putusan sebagai berikut :

Konklusi.

Berdasarkan penilaian atas fakta dan hukum sebagaimana terurai di atas, Mahkamah berkesimpulan :

- [4.1] Mahkamah berwenang untuk mengadili permohonan *a quo*.
- [4.2] Para Pemohon memiliki kedudukan hukum (*legal standing*) untuk mengajukan permohonan *a quo*.
- [4.3] Pokok permohonan beralasan menuntut hukum untuk sebagian.

Amar putusan.

Mengadili,

Menyatakan :

1. Mengabulkan permohonan para pemohon untuk sebagian;
2. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor : 3019) yang menyatakan, *“Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”*, bertentangan dengan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya;
3. Pasal 43 ayat (1) Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 1974 Nomor 1, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor : 3019) yang menyatakan,

“Anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya”, tidak memiliki kekuatan hukum mengikat sepanjang dimaknai menghilangkan hubungan perdata dengan laki-laki yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum ternyata mempunyai hubungan darah sebagai ayahnya, sehingga ayat tersebut harus dibaca, *““Anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”*,

4. Menolak permohonan para pemohon untuk selain dan selebihnya;

5. Memerintahkan untuk memuat putusan ini dalam Berita Negara Republik Indonesia sebagaimana mestinya.

Memperhatikan pertimbangan hukum yang telah diberikan oleh Hakim Mahkamah Konstitusi mengenai adanya pengakuan terhadap kedudukan anak luar kawin, Nampak dengan jelas bahwa putusan Mahkamah Konstitusi tersebut telah memberikan terobosan hukum baru demi terwujudnya penyempurnaan kedudukan hukum anak luar kawin yang pengaturannya dalam UU Perkawinan belum tuntas, pada di sisi lain anak luar kawin itu diharapkan dapat tumbuh sebagaimana anak-anak lainnya secara layak, terutama uluran perhatian dari ayah biologisnya. Dengan demikian putusan MK tersebut telah membuka peluang bagi anak luar kawin untuk memperoleh hak-haknya sebagai anak untuk dilindungi oleh kedua orang tuanya dan sekaligus mendapatkan jaminan atas kelangsungan hidupnya hingga mampu mandiri.

Sependapat dengan apa yang telah diputus oleh Mahkamah Konstitusi, karena anak luar kawin, lebih lagi terhadap anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang ternyata masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, selalu berada didalam posisi yang mengambang. Mengambang yang dimaksud disini adalah anak luar kawin didalam hal memperoleh kepastian status sebagai seorang anak masih belum pasti, karena adanya perbedaan pandangan tentang sah atau tidaknya perkawinan siri tersebut dari sudut pandang agama dan sudut pandang hukum Negara. Sehingga akibat hukumnya, keberadaan status anak luar kawin sampai saat ini meskipun ada putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 akan tetapi kedudukan anak luar kawin didalam peraturan perundang-undangan masih sangat lemah dan dalam posisi yang mengambang, terutama didalam hal untuk memperoleh jaminan kelangsungan biaya hidupnya hingga dewasa dan mampu mandiri. Undang-undang baru mengatur setengah bagian saja yakni kepastian jaminan dari ibunya dan keluarga ibunya saja, sedangkan dari pihak ayah biologisnya masih belum ada kepastian,

sehingga perlindungan hukum terhadap pengakuan kedudukan anak luar kawin ini sampai saat ini masih belum utuh.

Bertolak dari adanya perbedaan pemahaman tersebut di atas, dengan adanya putusan Mahkamah Konstitusi yang telah memberikan putusan untuk memberikan peluang kepada anak luar kawin memperoleh biaya pemeliharaan dari ayah biologisnya, maka selanjutnya putusan MK tersebut akan dikaji berdasarkan pada beberapa teori sebagai berikut : 1) teori tujuan hukum yang meliputi keadilan hukum; kepastian hukum, dan kemanfaatan hukum, 3) teori Hak Asasi Manusia, dan 4) teori perlindungan anak.

Ad. 1) Kedudukan anak luar kawin dilihat dari prinsip keadilan hukum. Tujuan hukum bukan hanya keadilan dan kepastian hukum, melainkan juga menyangkut kemanfaatan hukum. Idealnya memang hukum harus mengakomodasikan ketiganya. Memberikan kedudukan yang seimbang antara anak sah dengan anak luar kawin adalah sangat mulia, karena dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi No. 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 memang mempunyai tujuan yang sangat mulia, yakni memberikan perlindungan hukum yang adil terhadap kedudukan hukum anak luar kawin tersebut. Hal ini sejalan dengan pandangan dari Aristoteles yang mengungkapkan bahwa keadilan mengandung arti berbuat kebajikan, atau dengan kata lain keadilan adalah kebijakan yang utama.

Berpijak dari prinsip keadilan tersebut, maka akan sangat adil dan bijak bilamana memberikan perlakuan yang sama terhadap anak luar kawin tersebut didalam hal memperoleh hak-hak keperdataannya dari ayah biologisnya dengan tidak membedakan perlakuan dengan anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah khususnya perlakuan yang sama terhadap hak untuk tumbuh , berkembang dan jaminan untuk hidup sampai bisa mandiri sebagai seorang anak. Karena anak luar kawin, apalagi anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya adalah sesungguhnya merupakan anak yang lahir dari perkawinan yang secara agama adalah diakui sebagi anak sah; lebih lagi sudah

dapat diyakini dan dipastikan bahwa hubungan layaknya suami isteri yang dilakukan oleh ibu si anak luar kawin ini dengan ayah biologisnya yang menyebabkan anak luar kawin ini lahir jelas didasarkan atas adanya hubungan yang saling cinta-mencintai antara si ibu dengan ayah biologisnya, namun karena suatu hal tidak bisa dilakukan perkawinan secara terang-terangan, maka ditempuh perkawinan secara disamarkan, meskipun secara agama telah dianggap sah.

Setelah adanya putusan Mahkamah Konstitusi nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 ternyata perlindungan hukum terhadap anak luar kawin terutama perlindungan mengenai hak-hak keperdataannya masih belum ada kepastian, karena keberadaan pengaturan anak luar kawin didalam peraturan perundang-undangan belum memberikan dasar yang kuat bagi anak luar kawin tersebut untuk dapat diakui kedudukannya sebagai bagian dari anak yang mempunyai hubungan keperdataan dengan ayah biogisnya. Ketentuan pasal 43 ayat 2 menentukan bahwa kedudukan anak luar kawin akan diatur didalam peraturan pemerintah, akan tetapi setelah hampir setengah abad berlakunya UU perkawinan ternyata peraturan pemerintah yang ditunggu-tunggu tidak pernah terwujud, sehingga keadilan yang dicita-citakan oleh anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri ini masih seperti melihat langit yang begitu mudah dilihat namun sangat sulit untuk dijangkau.

Pengaturan mengenai kedudukan anak luar kawin didalam suatu peraturan perundang-undangan adalah bertujuan agar terdapat adanya kepastian hukum bagi anak luar kawin tersebut, karena tujuan hukum bukan hanya keadilan, akan tetapi juga menyangkut kepastian hukum dan kemanfaatan. Oleh karena kedudukan anak luar kawin didalam peraturan perundang-undangan masih sangat sumir, maka dengan keluarnya putusan Mahkamah Konstitusi yang memberikan pengakuan kepada anak luar kawin tersebut mempunyai hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya, putusan Mahkamah Konstitusi tersebut belum memberikan kepastian hukum bagi anak luar kawin tersebut sebagai bagian dari anak-anak sah yang

mempunyai kedudukan hukum yang seimbang didalam hal memperoleh hak-haknya sebagai seorang anak. Memang harus diakui bahwa dengan munculnya putusan MK tersebut, persoalan mengenai kedudukan hukum anak luar kawin dengan ayah biologisnya belum dapat diharapkan tuntas, mengingat materi anak luar kawin ini sangat sensitif, dan bilamana salah membuat aturan bisa jadi menimbulkan adanya gejolak. Putusan MK baru merupakan langkah awal, untuk kemudian diharapkan dari putusan MK tersebut dikemudian hari akan terbentuk Hukum Yurisprudensi melalui putusan-putusan hakim yang menangani perkara mengenai anak luar kawin dengan menjadikan putusan MK tersebut sebagai pedoman untuk memutus suatu perkara, sehingga dengan diresponnya putusan MK tersebut oleh para hakim dengan mempedomani pertimbangan-pertimbangan hukum melalui putusan-putusannya yang menyidangkan perkara mengenai kedudukan anak luar kawin dalam hubungannya dengan ayah biologisnya, maka dikemudian hari akan dapat diwujudkan adanya hukum yurisprudensi yang memberikan perlindungan hukum yang lebih utuh dan lengkap terhadap anak luar kawin tersebut, khususnya menyangkut hak-hak keperdataannya bisa diakomodir seperti halnya anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah.

Meskipun putusan Mahkamah Konstitusi telah memberikan terobosan hukum yang sangat revolusioner kepada anak luar kawin untuk bisa diakui sebagai anak yang mempunyai hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya, namun untuk mendapatkan bukti bahwa anak tersebut memang benar mempunyai hubungan darah dengan ayah biologisnya ternyata masih perlu menempuh jalan yang berliku, karena dilihat dari kasus Hj. Machica Mochtar dengan anaknya Iqbal Murdiono, sampai saat ini masih sangat sulit untuk mendapatkan bukti adanya hubungan darah tersebut. Sehingga belum ada kepastian hukum bagi si anak luar kawin ini mendapatkan hak-hak keperdataannya, untuk itu perlu ditindaklanjuti dengan putusan-putusan Pengadilan sebagai Hukum Yurisprudensi yang mampu memberikan kepastian hukum bagi anak luar kawin tersebut. Dengan demikian asas kemanfaatan atas adanya

pengaturan anak luar kawin melalui hukum yurisprudensi setapak demi setapak akan dapat dirasakan manfaatnya oleh ibu/perempuan yang dinikahi secara siri serta anak-anak yang lahir dari perkawinan tersebut .

Dalam rangka menciptakan dan menjaga kepastian hukum, peran pemerintah dan pengadilan sangat penting. Kepastian hukum merupakan nilai yang pada prinsipnya memberikan perlindungan hukum bagi setiap warga Negara dari kekuasaan yang sewenang-wenang, sehingga hukum memberikan tanggungjawab pada Negara untuk menjalankannya. Negara Indonesia adalah Negara kesejahteraan sebagaimana diatur dalam alinea keempat pembukaan UUD-NRI 1945 yang menentukan, "... negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum...." dan disamping itu juga negara Indonesia adalah negara hukum sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (3) UUD-NRI 1945 amandemen ke-4 (empat), yang menjunjung tinggi hak dan kewajiban setiap orang di wilayah hukum Negara republik Indonesia. Demikian pula didalam hal memberikan kepastian hukum mengenai hak-hak keperdataan anak luar kawin termasuk hak untuk diakui kedudukannya sebagai anak yang mempunyai kedudukan sama didalam hal untuk mendapatkan hak-hak normatifnya sebagai seorang anak.

Ad 2). Kedudukan anak luar kawin dilihat dari prinsip Hak Asasi Manusia.

Mahkamah Konstitusi melalui putusannya tersebut telah memberikan penghormatan yang luar biasa terhadap kedudukan anak luar kawin ini, sependapat dengan Majelis Hakim Mahkamah yang telah memberikan terobosan hukum yang luar biasa kepada anak luar kawin tersebut. Anak luar kawin dengan anak sah adalah merupakan generasi penerus bangsa yang patut mendapat perlindungan atas hak-hak asasinya secara sama dengan anak sah tanpa ada diskriminasi. Secara alami hak-hak anak luar kawin sejak didalam kandungan, tumbuh dan berkembang hingga dewasa patut dihargai. Dan Mahkamah melalui putusannya tersebut telah memberikan

penghargaan kepada anak luar kawin tersebut secara maksimal meskipun keabsahan perkawinan orang tuanya masih dipersengketakan. Bagaimanapun juga anak luar kawin adalah makhluk ciptaan Tuhan yang sudah barang tentu berhak untuk hidup layak seperti halnya dengan anak sah, sebab hak hidup itu diberikan Tuhan sejak anak termasuk anak luar kawin tersebut dilahirkan.

Ad 3). Kedudukan anak luar kawin dilihat prinsip Perlindungan anak.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 telah memberikan peluang bagi anak luar kawin untuk dapat memperoleh penegakan hukum terhadap eksistensi kedudukannya sebagai seorang anak akibat hubungan suami isteri yang dilakukan oleh ibunya dan ayah biologisnya. Negara berkewajiban juga memberikan perlindungan hukum terhadap hak-hak anak yakni dengan menuangkannya ke-dalam aturan hukum mengenai perlindungan terhadap hak-hak keperdataan anak luar kawin khususnya mengenai hak mewaris anak luar kawin tersebut khususnya setelah dikeluarkannya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012.

Oleh karena anak luar kawin dalam pergaulan di masyarakat berada dalam posisi yang lemah, maka masalah perlindungan hukum bagi anak adalah merupakan salah satu cara melindungi tunas bangsa di masa depan. Perlindungan hukum terhadap anak menyangkut semua aturan hukum yang berlaku. Perlindungan ini perlu karena anak merupakan bagian masyarakat yang mempunyai keterbatasan secara fisik dan mentalnya. Oleh karena itu, anak memerlukan perlindungan dan perawatan khusus.

Ada dua hal penting yang harus diperhatikan dalam perlindungan anak, yaitu antara lain : Pertama, Segala daya upaya yang dilakukan secara sadar oleh setiap orang ataupun lembaga pemerintah dan swasta yang bertujuan mengusahakan pengamanan, penguasaan, dan pemenuhan kesejahteraan fisik, mental dan sosial anak dan remaja yang sesuai dengan kepen-

tingan dan asasinya. Kedua, Segala daya upaya bersama yang dilakukan dengan sadar oleh perseorangan, keluarga, masyarakat, badan-badan pemerintah dan swasta untuk pengamanan, pengadaan dan pemenuhan kesejahteraan rohani dan jasmani anak yang berusia 0- 18 tahun, tidak dan belum pernah menikah, sesuai dengan hak asasi dan kepentingan agar dapat mengembangkan hidupnya seoptimal mungkin.

Di dalam UU Perlindungan anak pada Pasal 1 butir angka 2 ditentukan bahwa : “Perlindungan anak adalah segala kegiatan untuk menjamin hak-haknya agar dapat hidup, tumbuh, berkembang dan berpartisipasi, secara optimal sesuai dengan harkat dan martabat kemanusiaan, serta mendapatkan perlindungan dari kekerasan dan diskriminasi.”

Berkaitan dengan perlindungan hukum terhadap anak luar kawin ini khususnya perlindungan hukum terhadap anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, kalau dilihat di dalam Pembukaan UUD-NRI 1945 pada alenia ke empat disebutkan bahwa Negara Republik Indonesia berkewajiban melindungi segenap bangsa Indonesia. Frase “segenap bangsa Indonesia” berarti mencakup seluruh anak termasuk pula di dalamnya anak luar kawin. Perlindungan hukum bagi anak luar kawin ini melalui peraturan perundang-undangan dan tindakan-tindakan yang bertujuan melindungi pihak yang lemah akan menempatkan anak luar kawin ini, khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya tersebut, pada kedudukan yang layak sebagai manusia.

3.7. Hakekat Hubungan Keperdataan Anak Luar Kawin Dengan Ayah Biologisnya.

Berdasarkan pada pemaparan beberapa teori keadilan tersebut di atas, jelaslah bahwa prinsip-prinsip keadilan dapat digunakan sebagai landasan atau menganalisis mengenai hakekat kedudukan hukum anak luar kawin khususnya anak

luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya di dalam UU Perkawinan termasuk dalam menentukan hak-hak keperdataan anak luar kawin tersebut sebagai akibat adanya bukti berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum bahwa laki-laki sebagai ayah biologisnya tersebut memang benar mempunyai hubungan darah. Teori keadilan yang relevan dalam hal ini adalah teori keadilan yang dikemukakan oleh Aristoteles dan Teori keadilan John Rawls.

Jika merujuk pada fikih, nikah siri merupakan pernikahan yang dilarang dalam Islam, karena pernikahan seperti ini dianggap tidak memenuhi rukun nikah, yaitu pengumuman nikah, yang dilakukan oleh dan merupakan tujuan dari adanya saksi. Siri yang artinya diam-diam dianggap oleh beberapa kalangan ulama, seperti ulama Malikiyah, sebagai sebuah tindakan yang menyimpang dari ketentuan rukun tersebut. Maka pernikahan yang dilakukan dengan adanya saksi, tetapi saksi diminta untuk menyembunyikan peristiwa pernikahan dianggap sebagai pernikahan yang batil.²⁰¹

Adapun perkawinan siri yang dibahas didalam disertasi ini adalah mengenai perkawinan siri yang dilakukan oleh laki-laki yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya sama sekali tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini, sehingga perkawinan-nya tidak dicatatkan, maka kelahiran anak dari perkawinan siri ini dilihat dari prinsip keadilan akan menciptakan adanya ketidak-adilan yang dirasakan oleh anak hasil kawin siri tersebut maupun oleh anak yang lahir dari perkawinan sebelumnya yang merupakan anak sah.

Di Indonesia perkawinan siri yang sering disebut pula nikah siri, jika dipandang dari ketentuan dalam fikih atau dari

²⁰¹ Wahbah Zuhayly, *al-Fiqh al-Islamy wa Adillatuhu*, hal 71 sebagaimana dikutip oleh Asep Saepudin Jahar dkk dalam *Hukum Keluarga, Pidana & Bisnis Kajian Perundang-undangan Indonesia, Fikih Dan Hukum Internasional*, Kencana Predanamedia, Jakarta, 2013, hal.55-56.

pandangan para ulama, nikah siri yang dimaksud di Indonesia ini tentunya dianggap sebagai pernikahan yang tidak dilarang atau pernikahan yang sah, karena yang tidak terpenuhi adalah hanya pencatatan, sementara syarat dan rukun nikah yang ditetapkan oleh para ulama klasik terpenuhi. Menurut fikih, sebuah pernikahan dianggap sah jika syarat dan rukun sudah terpenuhi, dan pencatatan nikah tidak termasuk rukun serta syarat dari pernikahan. Jika merujuk kepada apa yang ditetapkan di Indonesia, yaitu kaitannya dengan aturan keharusan pencatatan perkawinan, perkawinan siri dianggap sebagai perkawinan yang tidak memiliki kekuatan hukum. Lalu bagaimana kedudukan hukum dari anak yang lahir dari perkawinan siri tersebut. Merujuk pada pandangan para ulama terkait dengan syarat dan rukun nikah yang meskipun tidak dicatat, sudah terpenuhi, anak yang dilahirkan dari perkawinan siri dalam konteks ini tentunya tidak bermasalah dan anak memiliki hubungan keperdataan baik kepada ibunya maupun kepada bapaknya. Dengan demikian anak yang lahir dari perkawinan siri ini adalah merupakan anak yang sah. Jika penentuan kedudukan anak ini dikaitkan dengan aturan keharusan pencatatan perkawinan yang ditetapkan di Indonesia sebagaimana yang diatur di dalam UU Perkawinan, ketentuan perkawinan siri ini menghasilkan perbedaan pandangan. Ketentuan bahwa pernikahan dianggap sah jika dilaksanakan sesuai dengan ajaran agamanya masing-masing memberikan pemahaman bahwa pencatatan pernikahan bukan merupakan rukun pernikahan, dan pencatatan hanya merupakan syarat administrasi. Kenyataannya memang masyarakat dan para ulama memandang bahwa pernikahan pasangan yang tidak mencatatkan pernikahannya dianggap sebagai pernikahan yang sah secara agama. Jika demikian, maka anak yang dilahirkan dari pernikahan siri atau tidak dicatat dianggap sebagai anak yang sah dari ibu dan bapaknya. Para ulama, hakim, dan pejabat lainnya tidak bisa mengabaikan pandangan tersebut. Meskipun, mereka menginginkan bahwa pernikahan itu dicatat, mereka tidak mempunyai keberanian untuk mengatakan bahwa pernikahan tidak dicatat adalah pernikahan yang tidak sah, dan dengan demikian anak yang dilahirkannya-pun tidak dianggap

sebagai anak yang tidak sah, melainkan sebaliknya.²⁰² Terlebih lagi, Indonesia, melalui salah satu pasalnya di KHI, memiliki ketentuan isbat nikah atau penetapan nikah yang tidak dicatat. Pernikahan yang tidak dicatat, dapat diisbatkan atau dimintakan penetapannya di Pengadilan Agama. Dengan demikian, jika pernikahan tidak dicatat tersebut diisbatkan, anak yang lahir dari pernikahan yang tadinya tidak dicatat akan secara otomatis tersahkan, bukan hanya secara agama tetapi juga menurut ketentuan Negara.²⁰³

Terkait dengan isbat nikah ini telah memberikan peluang untuk mengakui bahwa anak yang lahir dari perkawinan siri ini dapat diakui tidak saja sah secara agama namun juga sah menurut hukum negara, namun tidak tertutup adanya perselisihan antara anak sah dengan anak yang dilahirkan dari perkawinan siri ini, karena penetapan keabsahan anak luar kawin yang lahir dari akibat perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, jelas akan menimbulkan konflik dalam hal isteri sebelumnya tidak menyetujui suaminya untuk berpoligini. Penolakan atas pernikahan untuk berpoligini ini, jelas akan berimbas pada penetapan anak yang dilahirkan dari perkawinan siri tersebut. Di dalam disertasi ini dapat diungkapkan bahwa kasus Machica Mochtar dengan Moerdiono yang telah menimbulkan diskusi dan debat yang sangat panas diantara para ulama, para ahli hukum, dan kelompok lainnya, dimana di dalam kasus tersebut yang menimbulkan adanya pro dan kontra adalah mengenai penetapan nasab anaknya dengan ayah biologis dari anak tersebut yaitu Bapak Moerdiono.

Kasus ini dimulai dengan adanya pengingkaran Moerdiono dan keluarganya terhadap pernikahan yang ia lakukan dengan Machica Mochtar. Machica yang dikarunia anak dari pernikahannya tersebut merasa dirugikan, karena anaknya tidak mendapatkan pengakuan dan hubungan perdata dari ayahnya.

²⁰² Asep Saepudin Jahar, *Ibid*, hal.57

²⁰³ Euis Nurlaelawati, "Modernization, Tradition, and Identity", Dalam Asep Saepudin, *Ibid*.

Untuk menyelesaikan beberapa masalah dan kesulitan yang menimpa dirinya dan anaknya, Machica mendatangi Pengadilan Agama untuk melakukan isbat nikah. Disebutkan bahwa karena kurangnya beberapa bukti, permohonan isbat nikah tidak dikabulkan, dan secara otomatis anaknya-pun tidak bisa disambungkan nasabnya kepada ayahnya. Machica Mochtar tidak berhenti dengan usahanya dan kemudian memutuskan untuk melakukan *review* atas pasal yang menurutnya telah merugikan dirinya dan anaknya. Pasal yang ia tunjuk adalah ketentuan pasal 43 UU Perkawinan yang menyatakan bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya. Didukung oleh pengacaranya ia melayangkan permohonan *review* ke Mahkamah Konstitusi. Setelah beberapa kali pembahasan dan sidang, Mahkamah Konstitusi mengeluarkan putusan yang mengabulkan permohonan Machica Mochtar dan mengubah ketentuan Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan dengan menyatakan bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan tidak saja memiliki hubungan perdata kepada ibunya tetapi juga kepada ayah dan keluarganya selama dapat dibuktikan melalui bukti berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan /atau alat bukti lain menurut hukum memang benar ada hubungan darah.

Jika menilik pada latar belakang kasus Machica Mochtar, permohonan ini didasarkan pada adanya pengingkaran anak yang dilahirkan dari perkawinan siri yang dilakukan oleh seorang laki-laki yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini. Sebenarnya masalah seperti ini telah diatur penyelesaiannya yaitu melalui isbat nikah. Perlu dikemukakan disini bahwa yang dimaksud dengan isbat nikah adalah : “sebuah upaya untuk memberikan penetapan hukum terhadap pernikahan yang ketika dilakukan tidak dibarengi dengan pencatatan”.²⁰⁴ Isbat nikah hanya dimungkinkan bagi perkawinan yang tidak ada bukti dicatatkan oleh lembaga berwenang yang memenuhi peraturan *syara*, tentunya isbat nikah yang

²⁰⁴ Asep Saepudin Jahar, *Ibid* hal.60

dilaksanakan akan memberikan kepastian hukum terhadap status anak yang dilahirkan dalam perkawinan tersebut. Dalam hal ini, kepastian hukum tentang status anak diantaranya dapat dilihat dari peraturan berikut ini :

UUD-NRI 1945, pada Pasal 28B ayat (1), yaitu yang menentukan “setiap orang berhak membentuk keluarga dan melanjutkan keturunan melalui perkawinan yang sah”.

UU Perkawinan, pada Pasal 42, yaitu yang menentukan “anak sah adalah anak yang lahir dalam atau sebagai akibat perkawinan yang sah”.

Pasal 2 ayat (1) yaitu “perkawinan adalah sah, apabila dilakukan menurut hukum masing-masing agamanya dan kepercayaannya itu.”

Pasal 2 ayat (2) yaitu tiap-tiap perkawinan dicatat menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Pasal 99 KHI, yaitu : anak yang sah adalah anak yang dilahirkan dalam atau akibat perkawinan yang sah; b. hasil perbuatan suami isteri yang sah di luar Rahim dan dilahirkan oleh isteri tersebut.

Lebih lanjut dikemukakan bahwa pasangan yang tidak melakukan pencatatan atas pernikahan mereka dapat memintakan penetapannya pada hakim Pengadilan Agama, dan karena isbat nikah merupakan perkara volunteer dan bukan kontentius, maka permohonan isbat nikah harus disepakati dan diajukan oleh kedua belah pihak atau pasangan yang bersangkutan.²⁰⁵

Dilihat dari alasan pengajuan isbat nikah, serta dikaitkan dengan teori tujuan hukum yakni untuk mewujudkan adanya kepastian hukum, maka alasan utama para pemohon mengajukan permohonan isbat nikah ke pengadilan agama adalah dalam rangka mengurus akta kelahiran anak-anak mereka di samping untuk mendapatkan kepastian hukum perkawinan para pemohon itu sendiri. Ini berarti para orang tua ingin mem-

²⁰⁵ *Ibid.*

perjelas status anak-anak mereka yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat atau tidak dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah Kantor Urusan Agama Kecamatan. Anak-anak yang lahir dari perkawinan yang tidak tercatat atau tidak dicatatkan, pada akta kelahiran yang dikeluarkan oleh Kantor Catatan Sipil hanya akan mencantumkan nama ibunya sama dengan akta kelahiran anak-anak yang lahir di luar nikah. Konsekuensi hukumnya, kalau anak perempuan ayahnya tidak dapat menjadi wali nikah apabila akan menikah karena mereka hanya dinisbahkan kepada ibunya dan/atau keluarga ibunya, sehingga secara yuridis mereka hanya akan menjadi ahli waris dan mewarisi harta peninggalan ibunya apabila ibunya telah meninggal dunia, sedangkan kepada ayahnya sulit untuk menjadi ahli waris dan mewarisi harta ayahnya karena secara yuridis tidak ada bukti otentik bahwa anak ayahnya. Terlebih lagi ayahnya memiliki anak lain dari isteri yang dinikahi secara sah dan dicatatkan pada Pegawai Pencatat Nikah.

Penetapan isbat nikah oleh pengadilan agama sebagaimana dikemukakan oleh H. Asasriwarni didalam sebuah makalahnya menyatakan bahwa : isbat nikah antara lain bertujuan untuk memberikan perlindungan hukum terhadap anak-anak yang lahir dari perkawinan tidak tercatat atau tidak dicatatkan, dan disamping itu juga akan memberikan kepastian hukum terhadap status harta perkawinan. Dengan adanya isbat nikah penyelesaian sengketa harta perkawinan dapat merujuk kepada ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada, seperti Bab VII UU Perkawinan pada ketentuan Pasal 35 menentukan bahwa (1) Harta benda yang diperoleh selama perkawinan menjadi harta bersama: (2) Harta bawaan dari masing-masing suami dan isteri dan harta yang diperoleh masing-masing sebagai hadiah atau warisan adalah dibawah penguasaan masing-masing sepanjang para pihak tidak menentukan lain.²⁰⁶

²⁰⁶ H.Asasriwarni, *Eksistensi Kepastian Hukum Isbat Nikah Terhadap Status Perkawinan Dalam Hubungannya Dengan pencatatan Perkawinan*, Makalah dipresentasikan pada Penelitian dan Diskusi Terbatas Dihadapan Kalangan Hakim Lingkungan Peradilan Agama di Wilayah Padang, Pada tanggal 24 Mei 2012

Di dalam kasus Machica Mochtar yang terjadi bukanlah hal seperti itu, melainkan adanya perbuatan hukum perkawinan yang dirahasiakan sehingga tidak tercatat, akhirnya ia mengalami kegagalan dalam permohonan isbat nikahnya.

Jadi kasus yang diajukan oleh Machica Mochtar adalah kasus si anak diingkari nasabnya, padahal ia lahir dari pernikahan siri. Artinya, pernikahan itu telah ada, jika merujuk pada pandangan dalam fikih dan juga pandangan para ulama Indonesia yang memandang bahwa pencatatan hanya merupakan syarat administrasi. Namun karena Pengadilan Agama tidak melihat adanya bukti dan menolak permohonan Machica Muchtar, perdebatan terhadap status anak ini muncul, dan ternyata putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 rupanya menyentuh hal lain di luar apa yang dialami oleh Machica Mochtar dengan menyatakan, seperti telah disebut, bahwa anak yang dilahirkan diluar perkawinan mempunyai hubungan perdata tidak hanya kepada ibunya tetapi juga kepada ayahnya selama dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, menurut Mahkamah Konstitusi, didasarkan pada pemikiran bahwa tidaklah adil dan bijak jika hanya kepada ibunya saja anak yang dilahirkan diluar perkawinan dapat disambungkan, sementara laki-laki sebagai ayah biologisnya dibebaskan dari tanggungjawabnya, padahal ia telah menyebabkan kehamilan si wanita dan lahirnya si anak luar kawin.

Apa yang telah diputuskan oleh Mahkamah Konstitusi memperoleh apresiasi dari beberapa pihak, seperti Komisi Nasional Perlindungan Anak (yang selanjutnya disingkat Komnas PA). "Komnas PA menganggap putusan Mahkamah Konstitusi tersebut sebagai sebuah solusi yang tepat dan baik atas salah satu masalah terbesar terkait dengan anak yang sering masuk kas masalah Komnas PA."²⁰⁷ Terkait dengan ini, ketua Komnas PA menyebutkan bahwa pada tahun 2011 terdapat 38 kasus yang terkait dengan status hukum anak yang lahir di luar perkawinan,

²⁰⁷ "MK Sahkan Anak Luar Nikah Resmi", Kompas, 19 Pebruari 2012

terutama kaitannya dengan hak-hak *privat* anak dan pengasuhannya. Beliau berharap putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut dapat menyelesaikan beberapa permasalahan hak-hak anak yang sering muncul tersebut.²⁰⁸

Namun protes dan kritik atas putusan MK tersebut dari berbagai pihak juga tidak bisa terbendung. Penggunaan kata-kata “luar kawin” yang sangat umum inilah yang menyulut kritik dan protes tersebut, karena dengan jelas telah membuahakan pemahaman bahwa anak yang disambungkan nasabnya kepada ayahnya menurut Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut adalah bukan hanya anak yang dilahirkan dari perkawinan siri tetapi juga anak yang dilahirkan dari seorang wanita yang tidak menikah. Maka, perselingkuhan dan/atau perzinaan yang menyebabkan kehamilan dianggap sebagai cara tersambunganya nasab antara anak dengan ayah biologisnya, selain perkawinan; dan ini memang jelas berbeda jauh dari ketentuan dan pandangan mayoritas para ulama klasik dan para ulama Indonesia yang selama ini memegang pandangan yang telah mapan dalam fikih tersebut.

Memang kalau dilihat kasus Machica Mochtar ini, yang dimintakan untuk *direview* dan kemudian diubah adalah ketentuan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, dan bukan ketentuan pasal 100 KHI, yang secara khusus diterapkan bagi masyarakat Muslim Indonesia dan di Pengadilan Agama. Namun, karena UU Perkawinan berlaku secara umum bagi seluruh warga Negara Indonesia, termasuk Muslim, maka masyarakat Muslim juga harus tunduk pada aturan perubahan tersebut. Terlebih lagi, KHI merupakan produk rendah yaitu Inpres, dan untuk pasal tersebut harus disesuaikan dengan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan yang telah mengalami perubahan tersebut.

Komisi Fatwa MUI, menganggap putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut telah melegalkan perzinaan dan telah mengembalikan aturan dari KUH.Perdata yang terdapat di dalam ketentuan Pasal

²⁰⁸ *Ibid*

250 sampai dengan ketentuan Pasal 289 tentang status anak luar kawin, yang telah gugur dengan adanya ketentuan Pasal 43 UU Perkawinan yang kemudian malah diubah kembali. Menganggap bahwa putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut telah meresahkan masyarakat, dan bahkan putusan MK tersebut telah terlalu jauh menyimpang dari ketentuan fikih yang telah mapan melampaui ketentuan syariah, MUI bahkan mengeluarkan sebuah fatwa dan menetapkan serta merekomendasikan beberapa hal yang sangat menarik. Bahwa fatwa tersebut mencakup secara detail beberapa hal terkait dengan status anak dan hak-haknya. Meskipun, secara umum merujuk pada doktrin fikih, fatwa tersebut memperkenalkan beberapa aturan yang berbeda dari fikih untuk mengakomodir kepentingan dan kebaikan anak.

Setelah menyebutkan dengan detail beberapa pertimbangan hukum, baik dari al-Quran, hadis, dan pandangan para ulama, fatwa tersebut menyatakan :

1. Anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya;
2. Anak hasil zina hanya mempunyai hubungan nasab, waris, dan nafaqah dengan ibunya dan keluarga ibunya;
3. Anak hasil zina tidak menanggung dosa perzinaan yang dilakukan oleh orang yang mengakibatkan kelahirannya;
4. pezina dikenakan hukuman *hadd* oleh pihak yang berwenang, untuk kepentingan menjaga keturunan yang sah (*hifzh al-nasl*), dan...
5. Pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman *ta'zir* lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk :
 - a. Mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut;
 - b. Memberikan harta setelah ia meninggal melalui *wasiat wajibah*;
6. Hukuman sebagaimana dimaksud nomor 5 bertujuan melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara

anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.²⁰⁹

Memperhatikan kasus tersebut, dilihat dari teori keadilan, maka akan sangat menarik untuk ditelaah melalui teori keadilan yang dikemukakan oleh Aristoteles dan John Rawl. Aristoteles yang membagi keadilan menjadi keadilan distributif dan keadilan korektif, bilamana dikaitkan dengan perlindungan hukum terhadap kedudukan anak luar kawin khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, maka perlindungan hukum yang preventif diakumulir dalam keadilan distributif. Oleh karena perlindungan hukum terhadap kedudukan anak luar kawin tersebut secara preventif ini harus dituangkan sedemikian rupa sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan dengan cara menuangkan kedalam peraturan perundang-undangan. Dalam hal ini adalah di dalam Undang-undang Perkawinan beserta peraturan pelaksanaannya. Disamping itu relevan pula digunakan Teori Keadilan Distributif dari John Rawls, yang meliputi prinsip kebebasan dalam arti persamaan hak, dan prinsip perbedaan yang proporsional dalam hubungan keperdataan antara orang tua dengan anak, baik itu anak yang dilahirkan dari perkawinan yang sah maupun dengan anak luar kawin khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini.

Perlindungan hukum terhadap kedudukan anak luar kawin khususnya anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini secara represif sangat relevan diterapkan teori keadilan korektif, yaitu bahwa keadilan bagi anak luar kawin tersebut juga dapat diako-

²⁰⁹ Fatwa MUI No. 11 Tahun 2012

mudir dalam putusan-putusan pengadilan yang menyelesaikan atau yang mengadili berbagai tuntutan hak dari anak luar kawin.

Mahkamah Konstitusi (MK) melalui Putusan Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 memutuskan bahwa Pasal 43 Ayat (1) UU Perkawinan bertentangan dengan UUD-NRI 1945 bila tidak dibaca : “Anak yang dilahirkan di luar perkawinan hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya serta dengan laki-laki sebagai ayahnya yang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan/atau alat bukti lain menurut hukum mempunyai hubungan darah, termasuk hubungan perdata dengan keluarga ayahnya”.

Tujuan dari Putusan Mahkamah Konstitusi tersebut adalah untuk menegaskan bahwa anak luar kawin pun berhak mendapat perlindungan hukum. Menurut Pertimbangan Mahkamah Konstitusi, hukum harus memberikan perlindungan dan kepastian hukum yang adil terhadap status seorang anak yang dilahirkan dan hak-hak yang ada padanya, termasuk terhadap anak yang dilahirkan meskipun keabsahan perkawinan orang tuanya masih disengketakan.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tidak menyebut soal akta kelahiran anak luar kawin maupun akibat hukum putusan tersebut terhadap akta kelahiran anak luar kawin. Implikasi Putusan Mahkamah Konstitusi ini berkaitan dengan status hukum dan pembuktian asal-usul anak luar kawin. Hubungannya dengan akta kelahiran adalah karena pembuktian asal-usul anak hanya dapat dilakukan dengan akta kelahiran autentik yang dikeluarkan oleh pejabat berwenang sesuai dengan yang diatur dalam pasal 55 ayat (1) UU Perkawinan.

Mengenai konsekuensi hukum dengan dikeluarkannya suatu akta kelahiran terhadap anak luar kawin ialah didalam akta kelahiran anak tersebut hanya tercantum nama ibunya. Karena pada saat pembuatan akta kelahiran anak, status sang anak masih sebagai anak luar kawin yang hanya diakui memiliki hubungan darah dan hubungan perdata dengan ibunya dan keluarga ibunya saja. Dalam akta kelahiran anak luar kawin tercantum bahwa telah dilahirkan seorang anak dengan

tercantum nama, hari dan tanggal kelahiran, urutan kelahiran, nama ibu dan tanggal kelahiran ibu (menyebut nama ibu saja, tidak menyebut nama ayah si anak). Demikian ketentuan pasal 55 ayat (2) huruf a PP No. 37 Tahun 2007 tentang Pelaksanaan UU No 23 Tahun 2006 tentang Administrasi Kependudukan.

Dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, hubungan antara anak luar kawin dengan bapaknya adalah hubungan darah dalam arti biologis yang dikukuhkan berdasarkan proses hukum. Putusan Mahkamah Konstitusi nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 membuka kemungkinan hukum bagi ditemukannya subyek hukum yang harus bertanggungjawab terhadap anak luar kawin tersebut untuk bertindak sebagai bapaknya melalui mekanisme hukum dengan menggunakan pembuktian berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi mutakhir dan/atau hukum. Terkait dengan adanya upaya untuk membuktikan bahwa memang benar ada hubungan darah antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya, Khamimudin didalam makalahnya yang dimuat didalam Majalah Varia Peradilan mengatakan bahwa setidaknya ada dua cara untuk dapat menjadikan sang anak luar kawin memiliki hubungan darah dan juga hubungan perdata dengan ayah biologisnya dan keluarga ayahnya, yaitu :

1. Pengakuan oleh sang ayah biologis; atau
2. Pengesahan oleh sang ayah biologis terhadap anak luar kawin tersebut.²¹⁰

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 hanya menguatkan kedudukan ibu dari si anak luar kawin dalam memintakan pengakuan terhadap ayah biologis dari si anak luar kawin tersebut, apabila si ayah tidak mau melakukan pengakuan secara sukarela terhadap anak luar kawin. Dengan diakuinya anak luar kawin oleh ayah biologisnya, maka pada saat itulah timbul hubungan perdata dengan si ayah

²¹⁰ Khamimudin, *Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Hubungan Perdata Anak Luar Kawin Dengan Ayahnya*, Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXVII No.332 Juli 2013, hal.99

biologis dan keluarga ayahnya. Dengan demikian, setelah adanya proses pengakuan terhadap anak luar kawin tersebut, maka anak luar kawin tersebut terlahirlah hubungan perdata antara anak luar kawin itu dengan ayahnya sebagaimana diatur di dalam ketentuan pasal 280 KUH.Perdata yang berbunyi : “Dengan pengakuan anak luar kawin, terlahirlah hubungan perdata antara anak itu dan bapak atau ibunya”. Dalam hal ini, penting untuk dicatat bahwa anak yang dilahirkan karena perzinaan atau penodaan darah (*incest*, sumbang) tidak boleh diakui. Hal ini diatur dalam pasal 283 KUH.Perdata.

Sebagaimana telah diuraikan di atas, bahwa dengan adanya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, maka Pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan harus dimaknai bahwa pada intinya anak luar kawin tidak hanya mempunyai hubungan perdata dengan ibu dan keluarga ibunya. Anak luar kawin juga mempunyai hubungan perdata dengan ayah dan keluarga ayahnya, sepanjang dapat dibuktikan berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi atau alat bukti lain yang sah menurut hukum bahwa adanya hubungan darah antara anak luar kawin tersebut dengan ayah biologisnya. Putusan ini tentu membawa implikasi di bidang Hukum Keluarga.

Sebelum Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, tanggal 17 Pebruari 2012, hubungan perdata hanya terjadi antara anak luar kawin dengan ibu dan keluarga ibu. Ini mempunyai makna yuridis bahwa kewajiban untuk memelihara dan mendidik anak luar kawin hanya ada di pundak ibu dan keluarga ibu. Ibu dibebani tanggungjawab untuk memberikan sandang, pangan dan papan bahkan pendidikan kepada anak luar kawin. Sebaliknya karena adanya hubungan keperdataan antara ibu dan keluarga ibu dengan anak luar kawin, maka setelah anak dewasa tentu mempunyai kewajiban untuk memelihara ibu dan keluarga ibu dalam garis lurus keatas jika mereka memerlukan (lihat Pasal 46 ayat (2) UU Perkawinan. Diantara mereka ada kewajiban untuk saling memelihara atau *alimentatieplicht*.

Pasca Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, tanggal 17 Pebruari 2012, maka tanggungjawab untuk memelihara dan mendidik anak luar kawin tidak hanya dibe-

bankan kepada ibu dan keluarga ibunya saja, akan tetapi juga dibebankan juga kepada ayah dan keluarga ayahnya. Ayah mempunyai kewajiban untuk memenuhi hak anak berkaitan dengan sandang, pangan, dan papan bahkan pendidikan. Dengan demikian ada hak anak untuk menuntut ayah atau keluarga ayah apabila tidak memenuhi kewajiban tersebut. Sebaliknya dengan adanya hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya, maka akan menimbulkan kewajiban untuk saling memelihara (*alimentatieplicht*).

Sehubungan dengan apa yang telah diuraikan di atas, pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, tanggal 17 Pebruari 2012, diantara mereka yakni antara anak luar kawin dengan bapak atau ibunya, masing-masing akan mempunyai kewajiban alimentatif. Dengan demikian maka, pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut, kewajiban alimentatif tidak hanya lahir dari kedudukan sebagai anak sah, akan tetapi juga lahir dari kedudukan sebagai anak luar kawin.

Walaupun pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor: 46/PUU-VIII/2010, tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut, hubungan keperdataan antara orang tua dengan anak, baik anak sah maupun anak luar kawin, namun hak keperdataan yang muncul akibat hubungan keperdataan antara anak sah dengan orang tuanya di satu sisi dengan hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ibu/ keluarga ibu dan antara anak luar kawin dengan bapak/keluarga bapak tidaklah sama, terutama berkaitan dengan pewarisan.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010, tanggal 17 Pebruari 2012, tidak merubah status anak luar kawin menjadi anak sah, sekalipun putusan MK tersebut menyatakan adanya hubungan perdata antara anak luar kawin dengan ibu dan bapaknya serta keluarga ibu dan bapaknya. Kedudukan anak luar kawin berbeda dengan anak sah, karena kedudukan ini akan berimplikasi pada pewarisan yakni adanya perbedaan bagian pewarisan anak luar kawin dan anak sah. Sekalipun ada hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ibu dan keluarga ibu serta dengan ayah dan keluarga ayah, seperti halnya

anak sah, akan tetapi status anak luar kawin akan tetap melekat, kecuali dilakukan pengesahan anak, sebagaimana tertuang di dalam ketentuan Pasal 277 KUH.Perdata yang menyatakan bahwa dengan pengesahan anak luar kawin, bahwa terhadap anak itu akan berlaku ketentuan undang-undang yang sama seolah anak itu dilahirkan dalam perkawinan. Artinya bahwa dengan dilakukan pengesahan anak, maka hak dan kewajiban anak tersebut seperti halnya anak sah, maka hak dan kewajiban anak tersebut seperti halnya anak sah. Karena sebagaimana telah diuraikan di atas berkaitan pertimbangan Mahkamah Konstitusi, tujuan dari putusan tersebut hanya untuk memberikan perlindungan kepada anak luar kawin dan tidak membebaskan kewajiban pemeliharaan kepada ibunya saja, akan tetapi juga membagi beban tersebut kepada ayahnya. Perlu dipahami bahwa perbedaan status hukum anak akan mempunyai implikasi hukum tersendiri, khususnya berkaitan dengan masalah pewarisan.

Terkait dengan pewarisan ini, di Indonesia belum ada unifikasi di bidang hukum waris, yakni masih berlaku hukum waris Barat yang diatur dalam KUH.Perdata, Hukum waris Adat dan Hukum Waris Islam yang dituangkan didalam KHI, yang dipakai pedoman pembagian warisan bagi mereka yang beragama Islam. Pluralisme hukum ini terjadi karena adanya berbagai garis kekeluargaan, yakni patrilenial, materilenial, dan parental.

Sebagai implikasi hukum dari adanya hubungan perdata antara anak luar kawin dengan ibu dan keluarga ibu maupun ayah dan keluarga ayah, memposisikan anak luar kawin kemungkinan akan berkedudukan sebagai ahli waris. Dikatakan kemungkinan sebagai ahli waris, mengingat untuk menjadi ahli waris harus memenuhi syarat, yakni :

- a. Harus mempunyai hak atas harta warisan si pewaris baik yang timbul karena adanya hubungan darah maupun karena pemberian surat wasiat. Seorang yang mempunyai hubungan darah apakah itu karena hubungan sebagai anak sah atau luar kawin dimungkinkan untuk menjadi ahli waris, sebagaimana dituangkan dalam Pasal 832 KUH.Perdata. Dari pasal tersebut secara ekplisit dinyatakan bahwa seseorang dapat menjadi ahli waris jika ia mempunyai hubungan sedarah dengan pe-

waris baik sah maupun luar kawin. Perlu diperhatikan bahwa tidak semua anak luar kawin akan bertindak sebagai ahli waris, akan tetapi hanya anak luar kawin yang diakui atau disahkan saja dapat bertindak sebagai ahli waris, dengan tetap memperhatikan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan.

- b. Harus sudah ada pada saat pewaris meninggal dunia, sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 836 KUH.Perdata yakni: "Dengan mengingat akan ketentuan dalam pasal 2 Kitab ini, supaya dapat bertindak sebagai ahli waris, seorang harus telah ada, pada saat warisan jatuh meluag".
- c. Jika ia tidak termasuk orang yang tidak cakap mewaris (Pasal 912 KUH.Perdata) atau orang yang tidak patut mewaris (pasal 838 KUH.Perdata).
- d. Jika ia tidak menolak warisan. Pasal 1045 KUH.Perdata mengatur bahwa : Tiada seorangpun diwajibkan menerima suatu warisan yang jatuh padanya. Ini berarti bahkan Undang-undang (dimaksud adalah KHU.Perdata) telah memberikan kebebasan kepada ahliwaris untuk menerima atau menolak warisan. Sebagaimana dituangkan dalam Pasal 1058 KUH. Perdata yang menyatakan bahwa si waris yang menolak warisannya, dianggap tidak pernah telah menjadi waris. Artinya bahwa jika seseorang telah menolak warisan yang jatuh padanya, maka karena Undang-undang ia telah dianggap tidak lagi menjadi ahli waris.

Agak berbeda syarat ahli waris yang diatur dalam Hukum Waris Islam. Seorang akan menjadi ahli waris, jika :

1. Mempunyai hubungan darah atau hubungan perkawinan dengan pewaris;
2. Beragama Islam;
3. Tidak terhalang karena hukum untuk menjadi ahli waris. Menurut pasal 173 KHI dinyatakan bahwa seorang akan terhalang menjadi ahli waris jika telah ada Putusan Hakim yang mempunyai kekuatan hukum tetap, dihukum karena :
 - a. Dipersalahkan telah membunuh atau mencoba membunuh atau menganiaya berat pada pewaris;

- b. Dipersalahkan secara memfitnah telah mengajukan pengaduan bahwa pewaris telah melakukan suatu kejahatan yang diancam dengan hukuman 5 tahun penjara atau hukuman yang lebih berat lagi.

Dengan demikian nyata bahwa dalam hukum waris Islam seseorang bisa menjadi ahli waris jika ia beragama islam. Hal ini dapat diartikan bahwa sekalipun seseorang mempunyai hubungan darah, maka ia tidak akan menjadi ahli waris dari seorang pewaris yang beragama Islam dan melakukan pewarisan menurut Hukum Islam, apabila yang bersangkutan tidak beragama Islam.

Berkaitan dengan pewarisan anak luar kawin, KUH.Perdata mensyaratkan bahwa anak luar kawin yang dapat mewaris adalah anak luar kawin yang telah diakui atau disahkan, karena menurut Pasal 277 jo. Pasal 280 KUH.Perdata, hubungan perdata akan tercipta antara anak luar kawin dengan bapaknya/ibunya jika ada pengakuan ataupun pengesahan anak. Lebih lanjut KUH.Perdata mensyaratkan pula bahwa anak luar kawin yang dapat diakui adalah anak luar kawin selain anak zina atau sumbang, kecuali jika anak sumbang telah memperoleh dispensasi dari Presiden. Demikian juga mengenai pengesahan anak pasal 272 KUH.Perdata mensyaratkan bahwa yang dapat disahkan adalah anak alami saja. Ini berarti bahwa menurut KUH.Perdata hanya anak alami saja yang dapat disahkan maupun diakui (dengan pengecualian pasal 273 KUH.Perdata).

Dalam Hukum Islam yang tertuang dalam pasal 186 KHI, dinyatakan bahwa anak luar kawin hanya mempunyai hubungan saling mewaris dengan ibu dan keluarga ibunya. Ini berarti bahwa menurut KHI, anak luar kawin tidak mungkin menjadi ahli waris dari ayah atau keluarga ayahnya.

Setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012, karena ada hubungan perdata antara anak luar kawin dengan ibu dan ayah biologisnya serta dengan keluarga ibu dan keluarga ayah biologisnya, maka anak luar kawin dapat menjadi pewaris baik dari ibunya dan keluarga ibunya serta ayah dan keluarga ayah

biologisnya. Pertanyaan yang muncul adalah apakah pasca putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut secara otomatis akan ada hubungan antara anak luar kawin dengan ibunya dan keluarga ibunya serta keluarga ayah biologisnya atautkah harus melalui suatu prosedur administrasi tertentu yang akan diatur kemudian, mengingat sampai dengan saat ini belum ada peraturan yang mengatur tentang anak luar kawin yang diamanatkan oleh UU Perkawinan.

Sekalipun anak luar kawin sebagai implikasi dari Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut kemungkinan menjadi ahli waris ibu dan ayah serta keluarga ibu dan keluarga ayahnya, tentu saja bagian yang diterima oleh anak luar kawin akan berbeda dengan bagian yang diterima oleh anak sah. Ketentuan bagian waris anak luar kawin sebagaimana diatur dalam Pasal 863 KUH.Perdata dapat diberlakukan bagi mereka yang tunduk pada KUH.Perdata. Sedangkan bagi mereka yang tunduk pada Hukum Islam, ketentuan KHI belum mengaturnya, akan tetapi dalam buku ini dapat dikemukakan bahwa hak-hak keperdataan anak luar kawin yang lahir sebagai akibat dari perkawinan siri yang dilakukan oleh ayah biologisnya yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini, maka hak-haknya sebagai anak luar kawin terhadap ayah biologisnya hendaknya mengacu pada ketentuan Fatwa MUI Nomor 11 tahun 2012 yang pada intinya menentukan bahwa :

1. Anak hasil zina tidak mempunyai hubungan nasab, wali nikah, waris dan nafaqah dengan lelaki yang menyebabkan kelahirannya;
2. Anak hasil zina hanya mempunyai hubungan nasab, waris, dan nafaqah dengan ibunya dan keluarga ibunya;
3. Anak hasil zina tidak menanggung dosa perzinaan yang dilakukan oleh orang yang mengakibatkan kelahirannya;
4. Pezina dikenakan hukuman *hadd* oleh pihak yang berwenang, untuk kepentingan menjaga keturunan yang sah (*hifzh al-nasl*), dan...

5. Pemerintah berwenang menjatuhkan hukuman *ta'zir* lelaki pezina yang mengakibatkan lahirnya anak dengan mewajibkannya untuk :
 - a. mencukupi kebutuhan hidup anak tersebut;
 - b. memberikan harta setelah ia meninggal melalui *wasiat wajibah*;
6. Hukuman sebagaimana dimaksud nomor 5 bertujuan melindungi anak, bukan untuk mensahkan hubungan nasab antara anak tersebut dengan lelaki yang mengakibatkan kelahirannya.

Dengan demikian, meskipun putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012 tidak mengatur secara jelas mengenai hubungan perdata anak luar kawin dengan ayah biologisnya, namun dengan mengacu pada Fatwa MUI tersebut, anak luar kawin yang telah terbukti berdasarkan ilmu pengetahuan dan teknologi dan atau alat bukti lain menurut hukum memang benar mempunyai hubungan darah, maka ayah biologisnya wajib memenuhi seluruh kebutuhan hidup anak luar kawin ini agar dapat tumbuh, dan berkembang seperti halnya anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah. Dan disamping itu, mengingat *ratio legis* putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46 /PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut bukanlah untuk mensahkan adanya hubungan nasab antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya, melainkan untuk memberikan perlindungan hukum yang utuh kepada anak luar kawin agar anak luar kawin ini bisa hidup tumbuh, dan berkembang sampai mampu mandiri seperti layaknya anak-anak yang lahir dari perkawinan yang sah. Untuk itu dalam hal orang tua ayah biologisnya meninggal dunia, karena anak luar kawin ini tidak berkedudukan sebagai ahli waris, maka anak luar kawin tersebut tidak berhak mewarisi harta peninggalan orang tua ayah biologisnya, namun ayah biologisnya yang menyebabkan kelahiran anak luar kawin ini wajib memberikan sejumlah hartanya melalui wasiat wajibah .

Langkah hukum seperti ini kalau dilihat dari teori tujuan hukum, maka akan terwujud adanya keadilan bagi anak luar

kawin tersebut, karena anak luar kawin ini akan memperoleh manfaat dengan keluarnya putusan MK tersebut yakni berupa jaminan atas kelangsungan hidupnya tidak saja dibebankan kepada ibu dan keluarga ibunya saja, namun juga telah memberikan beban tanggungjawab kepada ayah biologis dan keluarganya, meskipun dalam lingkup yang terbatas, karena tidak menyangkut fikih.

Pengakuan anak akan menciptakan hubungan perdata antara anak luar kawin dengan ayah atau ibu yang mengakuinya, sebagaimana diatur dalam Pasal 280 KUH.Perdata. Sehingga melalui lembaga pengakuan anak, baru akan terjadi hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan pihak yang mengakui saja (ayah atau ibu atau ayah dan ibu). Dengan pengakuan anak tidak akan terjadi hubungan antara anak luar kawin dengan pihak yang mengakui dan keluarga yang mengakui.²¹¹

Bertitik tolak dari uraian tersebut, jika dilihat dari ketentuan pasal 43 ayat (1) UU Perkawinan, maka secara normatif pengakuan anak hanya dimungkinkan untuk dilakukan ayah terhadap anak luar kawinnya agar terjadi hubungan perdata antara anak luar kawin dengan ayahnya, karena ibu secara hukum telah mempunyai hubungan perdata dengan anak luar kawinnya, sehingga tidak perlu melakukan pengakuan anak. Dengan pengakuan yang dilakukan oleh ayah tidak akan mengakibatkan adanya hubungan perdata dengan keluarga ayahnya.

Setelah keluarnya Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut, anak luar kawin yang dapat membuktikan secara sah bahwa ada hubungan darah dengan ayah biologisnya, maka dari sisi normatif secara hukum akan mempunyai hubungan perdata dengan ayah biologisnya bahkan juga dengan keluarga ayah biologisnya. Dengan demikian secara normatif tidak perlu ayah biologisnya melakukan pengakuan terhadap anak luar kawinnya.

Permasalahannya adalah apakah secara empiris memang tidak perlu dilakukan tindakan administrasi sebagai bukti telah

²¹¹ Christiana Tri budhayati, *Op.Cit*, hal.243

ada hubungan perdata antara ayah-ibu serta keluarga ayah-ibu dengan anak luar kawin. Perangkat hukum ini yang mesti disediakan oleh pemerintah, mengingat dalam Hukum Perdata yang diperlukan adalah bukti formalnya. Untuk mengisi kekurangan tersebut lembaga pengakuan anak masih dapat diterapkan dengan mendasarkan pada penafsiran *a contrario* dari Pasal 66 UU Perkawinan yakni bahwa peraturan perundangan tentang perkawinan yang ada sebelum Undang-undang Perkawinan dapat diberlakukan sepanjang belum diatur dalam Undang-undang Perkawinan dan isinya tidak bertentangan dengan Undang-undang Perkawinan. Oleh sebab itu peraturan yang mengatur tentang terciptanya hubungan perdata antara anak luar kawin dengan bapak-ibunya (melalui pengakuan anak) masih dapat diterapkan dengan berbagai penyesuaian.

Bagi mereka yang memeluk agama Islam, kedudukan anak sah atau anak luar kawin akan sangat berpengaruh pada keabsahan perkawinan bagi anak luar kawin. Dalam hukum Islam, perkawinan akan sah jika memenuhi rukun nikah yakni adanya mempelai laki-laki dan perempuan yang beragama Islam, wali yang beragama Islam, saksi yang beragama Islam serta Ijab-Qobul. Berkaitan dengan syarat wali nikah, jika wanita dengan status anak luar kawin yang beragama Islam yang dilahirkan dari suatu perkawinan yang tidak sah (anak zina), apakah dengan adanya hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya sebagaimana pasca putusan MK, ayah akan dapat bertindak sebagai wali untuk menikahkan anak tersebut. Pertanyaan ini muncul mengingat bahwa agama sangat menjunjung tinggi moral. Disamping itu dalam hukum perdata, tentunya termasuk hukum perdata Islam, bukti formal sangat dipentingkan. Dengan adanya hubungan keperdataan antara anak luar kawin (zina) dengan ayahnya, maka mestinya ayah tersebut dapat menikahkan anak wanitanya. Apakah hal semacam ini dapat dibenarkan, mengingat tentu saja yang diinginkan adalah ayah yang dapat menjadi wali adalah ayah dari suatu perkawinan sah baik menurut hukum negara maupun menurut hukum agama.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012, telah memberikan perlindungan yang

sangat luar biasa kepada anak luar kawin (baik anak alami, anak zina atau sumbang) sehingga ada jaminan kelangsungan hidup bagi anak yang bersangkutan, karena ada kewajiban perdata yang dibebankan tidak hanya kepada ibu dan keluarga ibu, akan tapi juga pada ayah dan keluarga ayah. Dengan demikian nyata bahwa putusan MK tersebut akan merombak Hukum keluarga di Indonesia, yang sudah barang tentu berimplikasi pada hukum waris yang ada.²¹²

Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012 telah memunculkan berbagai kecaman, utamanya kecaman yang paling keras disampaikan oleh MUI, dimana MUI dalam sebuah jumpa pers di kantor Majelis Ulama Indonesia (MUI) di Jalan. Proklamasi No. 51, Menteng, Jakarta Pusat, melalui ketua Umumnya KH.Ma'ruf Amin didampingi oleh Ustadz Amir Tambunan sebagai Sekretaris Umum, DR. HM. Asrorun Ni'am Sholeh sebagai sekretaris Komisi Fatwa, dan Ichwan Sam selaku Sekjen MUI menanggapi putusan MK tersebut dan sekaligus mengeluarkan fatwa MUI No.11 tahun 2012 tentang kedudukan anak hasil zina dan perlakuan terhadapnya.

Menurut MUI, Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut menuai kontroversi serta menimbulkan kegelisahan, kerisauan, bahkan keguncangan di kalangan umat Islam, karena berkembang pendapat dan pemahaman masyarakat, bahwa putusan MK tersebut telah mengubah syariat Islam, melanggar ajaran Islam, dan mengubah tatanan kehidupan umat Islam yang selama ini berlaku.²¹³

Terhadap kecaman yang muncul, Ketua Mahkamah Konstitusi, Mahfud MD telah mengklarifikasikan putusannya dengan mengatakan bahwa : "yang dimaksud majelis dengan frasa "anak diluar perkawinan" bukan anak hasil zina, melainkan anak hasil nikah siri. Hubungan keperdataan yang diberikan

²¹² Christiana Tri Budhayati, *Op.Cit*, hal.299.

²¹³ <http://www.voa-islam.com>, MUI Kecam Putusan MK Tentang Status Anak Zina, Acak-acak Syariat Islam, di unduh, tanggal 14/3/2012

kepada anak di luar perkawinan tidak berbentuk nasab, waris, dan wali nikah”.

Karena penjelasan ketua MK tersebut tidak ada dalam putusan, maka pemerintah, dalam hal ini Kementerian Agama, Kementerian Dalam Negeri, serta Kementerian Hukum dan HAM harus segera merumuskan aturan hukum yang tegas mengenai hak-hak keperdataan anak di luar perkawinan agar sesuai dengan prinsip syari’at.

Dengan adanya aturan tersebut diharapkan para hakim Pengadilan Agama juga dapat memutus perkara nasab, waris, dan wali nikah sesuai dengan rasa keadilan masyarakat, dan terciptanya kepastian hukum, tanpa melanggar fikih.

Berdasarkan pada pandangan yang mengatakan bahwa “hubungan keperdataan” yang dimaksud didalam putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 adalah tidak menyangkut fikih, maka dapat dikemukakan bahwa ada perbedaan yang sangat mendasar yang patut digaris bawahi mengenai hakekat hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya sebagaimana yang dimaksud di dalam UU Perkawinan dengan hakekat hubungan keperdataan yang dimaksud di dalam Putusan Mahkamah Konstutusi No 46/PUU-VIII/2010 tersebut.

Hubungan keperdataan yang dimaksud di dalam UU Perkawinan adalah hubungan keperdataan yang meliputi hak atas biaya pemeliharaan untuk hidup tumbuh dan berkembang, sandang pangan, pendidikan, kesehatan dan sampai dengan hak untuk mewaris. Sedangkan hubungan keperdataan yang dimaksud didalam putusan MK tersebut bukanlah hubungan keperdataan yang lengkap, karena tidak menyangkut hak untuk mewaris, melainkan hanya terbatas pada hak-hak keperdataan yang menyangkut biaya pemeliharaan untuk tumbuh dan berkembang, pendidikan, sandang pangan dan kesehatan. Dengan demikian oleh karena putusan Mahkamah Konstitusi Nomor : 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut tidak menyangkut fikih, maka di dalam buku ini dapat dike-mukakan bahwa hubungan keperdataan yang dimaksud

Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.

didalam putusan MK tersebut adalah hubungan perdata dalam arti yang sempit, karena tidak menyangkut hak untuk mewaris.

BAB IV PENUTUP

Kesimpulan.

- 4.0.1. Hakekat kedudukan hukum anak luar kawin di dalam UU Perkawinan adalah belum tuntas, khususnya bagaimana hubungan hukumnya dengan ayah biologisnya. Keberadaan kawin siri, khususnya yang dilakukan oleh seorang pria yang sudah beristeri dengan wanita lain, menjadi bahan kajian banyak pihak semenjak berlakunya UU Perkawinan. Perdebatan semakin menjadi sengit, kalau dari perkawinan siri tersebut khususnya yang dilakukan oleh seorang laki-laki yang masih terikat tali perkawinan sah dengan isterinya sampai melahirkan anak, dimana isterinya tidak pernah menyetujui suaminya untuk berpoligini. Sesuai dengan pemikiran yuridis, hukum perkawinan yang berlaku di Indonesia adalah UU Perkawinan, sebagai hukum positif, berarti untuk mengukur sah tidaknya suatu perkawinan ditetapkan oleh Pasal 2 UU Perkawinan yakni harus diselenggarakan berdasar hukum agama dan kepercayaannya, kemudian perkawinan tersebut harus dicatat sesuai peraturan perundangan yang berlaku. Seperti diketahui, perkawinan siri hanya dilaksanakan berdasarkan hukum agama, khususnya agama Islam, mengingat kawin siri banyak dilakukan oleh orang-orang Islam yang sudah beristeri. Apabila dari perkawinan siri tersebut lahir anak, berdasarkan Pasal 43 ayat 1 UU

Perkawinan, maka anak yang bersangkutan tergolong sebagai anak luar kawin, dan hanya mempunyai hubungan hukum dengan ibu dan keluarga ibunya. Bagaimana hubungan hukum dengan ayah biologisnya, ternyata oleh Pasal 43 ayat 2 UU Perkawinan masih dijanjikan untuk diatur lebih lanjut, dan kenyataannya sampai setengah abad lebih aturan yang dimaksud belum juga ada. Berarti anak luar kawin hasil kawin siri tersebut, berdasar UU Perkawinan kedudukan hukumnya tidak jelas kalau dikaitkan dengan ayah biologisnya. Pengaturan tentang kedudukan hukum anak luar kawin di dalam UU Perkawinan belum tuntas, pada hal dalam kehidupan masyarakat, kawin siri ini yang dari perkawinan tersebut lahir anak, menjadi tidak jelas. Hal ini dalam masyarakat tentunya merupakan ganjalan yang sangat menyesakkan, mengingat kepentingan anak luar kawin hasil perkawinan siri sepatutnya sama seperti halnya anak sah yaitu tentunya harus memperoleh kehidupan dan pertumbuhan yang layak.

4.0.2. *Ratio Legis* Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 menyangkut anak luar kawin, adalah sebagai suatu terobosan hukum demi terwujudnya penyempurnaan kedudukan hukum anak luar kawin yang pengaturannya dalam UU Perkawinan belum tuntas, pada di sisi lain anak luar kawin itu diharapkan dapat tumbuh dan berkembang sebagaimana anak-anak lainnya secara layak, terutama uluran perhatian dari ayah biologisnya. Dasar pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi adalah demi memberikan perlindungan hukum kepada anak luar kawin, terutama menyangkut hubungan hukumnya dengan ayah biologisnya. Memang harus diakui bahwa dengan munculnya putusan Mahkamah Konstitusi Nomor :46/PUU-VIII/2010 Tanggal 17 Pebruari 2012, persoalan kedudukan anak luar kawin dengan ayah biologisnya, belum dapat diharapkan tuntas, mengingat materi anak

luar kawin ini sangat sensitif. Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/ PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 tersebut baru merupakan langkah awal untuk dikemudian hari diharapkan ada implikasi dari putusan MK tersebut yaitu akan terbentuk adanya Hukum Yurisprudensi demi mewujudkan kepastian hukum mengenai kedudukan hukum anak luar kawin sehingga anak luar kawin tersebut memperoleh perlindungan hukum yang lebih utuh dari orang tuanya. Terlebih lagi umum sangat memahami, bahwa Hukum Yurisprudensi adalah hukum yang lebih *up to date* ketimbang hukum perundang-undangan, karena para hakim pembentuk Hukum Yurisprudensi selalu diharapkan lebih peka dengan perkembangan dan tuntutan kebutuhan masyarakat.

4.2. Saran

- 4.2.1. Pengaturan anak luar kawin, sebagai bahagian hukum Perkawinan yang sangat sensitif, didalam suatu peraturan perundang-undangan bukanlah pekerjaan mudah. Hal mana dapat dilihat dari sejak diundangkannya UU Perkawinan, ternyata setelah berlaku hampir setengah abad, pengaturan mengenai hubungan keperdataan antara anak luar kawin dengan ayah biologisnya tak kunjung terwujud sebagaimana dijanjikan dalam Pasal 43 ayat 2 UU Perkawinan. UU Perkawinan hanya mengatur mengenai hubungan keperdataan dengan ibu dan keluarga ibunya saja sedangkan hubungan keperdataan dengan ayah biologisnya belum diatur, dan untuk mengaturnya ternyata pemerintah sendiri rupanya masih sangat gamang. Untuk mengubah UU Perkawinan ataupun untuk menerbitkan Peraturan Pemerintah menyangkut anak luar kawin dalam hubungan keperdataan dengan ayahnya, memang sulit, oleh sebab itu kekurangan yang ada dalam UU Perkawinan sebaiknya dicarikan jalan lain yaitu misalnya dengan membangun Hukum Yurisprudensi, atau

Hukum Doktrin, agar gejala yang muncul dalam masyarakat tidak terlalu besar.

- 4.2.2. Para hakim yang memeriksa dan mengadili perkara mengenai kedudukan hukum anak luar kawin khususnya terhadap ayah biologisnya, sudah sepatutnya wajib menjadikan putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 dan Fatwa MUI Nomor 11 Tahun 2012 tersebut sebagai acuan. Ini perlu digaris-bawahi, mengingat untuk merubah UU Perkawinan risikonya lebih berat, tetapi kalau para hakim mempedomani putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Pebruari 2012 dan Fatwa MUI Nomor 11 Tahun 2012 dalam arti hubungan perdata yang sempit antara anak luar kawin dan ayah biologisnya, maka akan terbentuk Hukum Yurisprudensi yang nilai yuridisnya sama dengan hukum perundang-undangan, sehingga kekurangan pengaturan dalam UU Perkawinan dapat ditutup. Terlebih lagi umum sangat memahami, bahwa Hukum Yurisprudensi adalah hukum yang lebih *up to date* ketimbang hukum perundang-undangan, karena para hakim sebagai pembentuk Hukum Yurisprudensi selalu diharapkan lebih peka dengan perkembangan dan tuntutan kebutuhan masyarakat. Selain itu perlu adanya penunjang lain yang dapat membantu pertumbuhan Hukum Yurisprudensi, yaitu mengembangkan juga Hukum Doktrin, di mana para sarjana hukum hendaknya memberikan kontribusinya lewat karya-karya ilmiah yang obyektif dan inovatif.

DAFTAR BACAAN

BUKU

Achmad Ali, *Menguak Teori Hukum (Legal Theori) dan Teori Peradilan (Judicialprudence) Termasuk Interpretasi Undang-undang (Legisprudence)*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2012.

Abdulkadir Mumammad, *Hukum Dan Penelitian Hukum*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004.

Abdrrahman, dan Riduan Syahrani, *Masalah-Masalah Hukum Perkawinan Di Indonesia*, Alumni, Bandung, 1978.

Abdul Racmad Budiono, *Hukum Pekerja Anak*, Universitas Negeri Malang, Malang, 2008.

Abdul Azis Dahlan, et.al., *Ensiklopedi Hukum Islam*, jilid 5, Ichtiar Baru van Hoeve, Jakarta, 2000.

Abdullah Rozali, *Perkembangan HAM dan Keberadaan Peradilan HAM di Indonesia*, Galia Indonesia, Jakarta, 2002.

Abd.Salam, "Berisiko, Sengketa Anak Zina di PA", *Artikel*, Jawa Post, Jumat, tanggal 8 Febuari 2013.

Ahmad Thorlabi Kharlie, *Hukum Keluarga Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013

Ahmad Rifai, *Penemuan Hukum Oleh Hakim Dalam Perspektif Hukum Progresif*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.

- Amiruddin dan Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Raja Grafoindo Persada, Jakarta, 2003.
- Amir Nuruddin dan Azhari Akmal Tarigan, *Hukum Perdata Islam di Indonesia*, Prenadamedia, Jakarta, 2004.
- Artadi I Ketut, *Hukum Adat Bali Dengan Aneka Masalahnya Dilengkapi Yurisprudensi*, Setia Kawan, Denpasar, 1980.
- Asep Saepudin Jahar, Euis Nurlaelawati, Jaenal Aripin, *Hukum Keluarga, Pidana Dan Waris Kajian Perundang-undangan, Fikih dan Hukum Internasional*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2013.
- Asroun Ni'am Sholeh, *Fatwa-Fatwa Masalah Pernikahan dan Keluarga*, cet.2, eLSAS, Jakarta, 2008.
- Andre Ata Ujan, *Keadilan dan Demokrasi (Telaah Filsafat Politik John Rawls)*, Kanisius, Yogyakarta, 1999.
- Anton M. Muliono, dkk., *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Balai Pustaka, Jakarta, 2008.
- Arif Gosita, *Masalah Perlindungan Anak*, Akademika Presindo, Jakarta, 1985.
- Asep Saepudin Jahar dkk, *Hukum Keluarga, Pidana & Bisnis Kajian Perundang-undangan Indonesia, Fkih dan Hukum Internasional*, Kencana Prenadamedia Group, Jakarta, 2013.
- Asri Wijayanti, *Hukum Ketenagakerjaan Pasca Reformasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2009.
- Azhary, *Negara Hukum Indonesia Analisis Yuridis Normatif Tentang Unsur-unsurnya*, Universitas Indonesia, Jakarta, 1945
- A.Mukti Arto, "Diskusi Hukum Putusan Mahkamah Konstitusi RI Nomor 46/PUU-VIII/2010 tanggal 17 Februari 2012 Tentang Pengubahan Pasal 43 UUP Tentang Hubungan Perdata Anak Dengan Ayah Biologisnya", *Makalah Diskusi*, Ambon, 16 Maret 2012.
- Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan dan Pengembangan Hukum Pidana*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1998.

- Bachsan Mustafa, *Sistem Hukum Administrasi Negara Indonesia*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 2001.
- Bade Haris dikutip oleh Palguna I Dewa Gede, *Essential Constitutional Law*, Cavendish Publising, Sidney-London, 2000.
- Bambang Sutyoso, *Reformasi Keadilan Dan Penegakan Hukum Di Indonesia*, UII Press, Yogyakarta, 2010.
- Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia*, Mandar Maju, Bandung, 1999.
- _____, *Ilmu Hukum Indonesia Upaya Pengembangan Ilmu Hukum Sistemik Yang Responsif Terhadap Perubahan Masyarakat*, Genta Publising, Yogyakarta, 2013.
- Budiman Al Hanif, *Membangun Keluarga Sakinah Meneladani Keharmonisan Keluarga Rasulullah*, Cakrawala Publising, 2009.
- Bushar Muhammad, *Pokok-Pokok Hukum Adat*, Pradnya Paramita, Jakarta, cet.kelima, 1991.
- Bibit Suprpto, *Liku-liku Poligami*, Al Kautsar, Yogyakarta, 1990.
- Bismar Siregar, *Aspek Hukum Perlindungan Hak-hak Anak : Suatu Tinjauan*, Yayasan LBH Indonesia bekerjasama dengan Rajawali, Jakarta, 1986.
- Dewa Gede Palguna, *Pengaduan Konstitusional (Constitutional Complaint) Upaya Hukum terhadap Pelanggaran Hak-Hak Konstitusional Warga Negara*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013
- D.Y Witanto, *Hukum Keluarga Hak dan Kedudukan Anak Luar Kawin Pasca Keluarnya Putusan MK Tentang Uji Materiil UU Perkawinan*, Prestasi Pustaka Publisher, Jakarta , 2012.
- Djamanat Samosir, *Hukum Adat Indonesia Eksistensi Dalam Dinamika Perkembangan Hukum di Indonesia*, Nuansa Aulia, Bandung, 2013.
- Dep.Kehakiman, *Bacaan Bagi Keluarga Sadar Hukum (Kadarkum)*, Depkeh Penyuluhan Hukum, 1991.

Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.

Eman Suparman, *Hukum Waris Indonesia Dalam Perspektif Islam, Adat, dan BW*, Replika Aditama, Bandung, 2005.

E. Fernando M. Manullang, *Menggapai Hukum Berkeadilan Tinjauan Hukum Kodrat dan Antinomi Nilai*, Kompas Media Nusantara, Jakarta, 2007.

E. Sumaryono, *Etika Profesi Hukum*, Kanisius, Yogyakarta, 1995.

_____, *Etika Hukum Relevansi Teori Hukum Kodrat Thomas Aquinas*, Kanisius, Yogyakarta, 2002.

Eard Babbie, *The Basics of Social Research*, Wadsworth Publising Company, Amerika, 1999.

Friedrich Julius Stahl, dalam Muh. Tahir Ashary, *Negara Hukum*, Bulan Bintang, Jakarta, 1992.

Faisal Santiago, "Pembangunan Sumber Daya Manusia (SDM) Dalam Rangka Pembangunan Hukum", *Dalam Memahami Hukum Dari Konstruksi Sampai Implementasi*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009.

Hadi Supeno, *Kriminalisasi Anak Tawaran Gagasan Radikal Peradilan Anak Tanpa Pemidanaan*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2010.

Haris Sucho H, *Supremasi Hukum dan Prinsip Demokrasi di Indonesia*, PT. Hanindita, Yogyakarta, 1985.

Hazairin, *Tinjauan Mengenai UU Perkawinan Nomor 1-1974*, Tintamas, Jakarta, 1986.

H.M. Abdi Koro, *Tinjauan Hukum Atas Perkawinan Dini Dikaitkan Dengan Perlindungan Hukum Terhadap Anak Di bawah Umur Dalam Upaya Pengembangan Kualitas Sumberdaya Manusia*, Varia Veradilan, Tahun XXV Nomor : 291, Pebruari 2010.

_____, *Perlindungan Anak Di Bawah Umur Dalam Perkawinan Usia Muda dan Perkawinan Siri*, Alumni, Bandung, 2012.

H. Asasriwarni, *Kepastian Hukum Itsbat Nikah Terhadap Suatu Perkawinan, Anak dan Harta Perkawinan*, Download, Senin, 28 Mei 2012.

- H. Herusko, *Anak Di Luar Perkawinan*, Makalah Seminar Kowani, Jakarta, 14 Mei 1996.
- Hatta, Mohammad, *Lahirnya Pancasila*, (Bung Karno Mengembang Dasar-dasar Negara), Oesaha Penerbitan Goentoer, Yogyakarta, 1949
- _____, *Pengertian Pancasila*, (Pidato lahirnya Pancasila, Tanggal 1 Juni 1977 di Gedung Kebangkitan Nasional-Jakarta), Idayu Press, Jakarta, 1977.
- Hazairin, *Tinjauan Mengenai UU Perkawinan Nomor 1 Tahun 1974*, Tintamas, Jakarta, 1986.
- H.Hilman Hadikusuma, *Hukum Perkawinan Indonesia Menurut Perundangan, Hukum Adat, Hukum Agama*, Mandar Maju, Bandung, 2003
- H.R.Abdussalam, *Hukum Perlindungan Anak*, PTIK, Jakarta, 2012.
- Ibrahim, R., *Pernak-Pernik Yuridis Dalam Nalar Hukum*, UPT Universitas Udayana, Denpasar, 2006.
- J.Satrio, *Hukum Waris*, Alumni, Bandung, 1992
- _____, *Hukum Keluarga Tentang Kedudukan Anak Dalam Undang-Undang*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- _____, *Hukum Harta Perkawinan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1991.
- Jazim Hamidi, *Hermeneutika Hukum Teori Penemuan Baru Dengan Interpretasi Teks*, UII.Press, Yogyakarta, 2005,
- Jimly Asshiddiqie, *Hukum Tata Negara Dan Pilar-Pilar Demokrasi*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011.
- Johnny Ibrahim, *Teori dan Metode Penelitian Hukum Normatif*, L Bayu Media Publising, Malang, 2006.
- John Rawls, *A Theory of Justice (Teori Keadilan Dasar-dasar Filsafat Politik Untuk Mewujudkan Kesejahteraan Sosial dalam Negara)*, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2011.
- Kaelan, *Filsafat Pancasila Pandangan Hidup Bangsa Indonesia*, Paradigma, Yogyakarta, 2002.

Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.

Lili Rasidi dan IB.Wyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Remaja Rosdakarya, Bandung, 1993.

M. Syamsudin, *Operasionalisasi Penelitian Hukum*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.

Marlina, *Peradilan Pidana Anak Di Indonesia Pengembangan Konsep Diversi dan Restorative Justice*, PT.Refika Aditama, Bandung, 2009.

Majda El-Muhtaj, *Dimensi-Dimensi HAM Mengurai hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008.

Masyhur Effendi, *Perkembangan Dimensi hak Asasi Manusia (HAM)*, Ghalia, Bogor, 1992.

Manuel G. Velasquez, *Etika Bisnis Konsep dan Kasus (Alih bahasa Ana Purwaningsih)*, Andi, Yogyakarta, 2005.

Mien Rukmini Hj. *Perlindungan HAM Melalui Asas Praduga Tak Bersalah Dan Asas Persamaan Kedudukan Dalam Hukum Pada Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, PT.Alumni, Bandung, 2007.

Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2006.

Mohammad Hatta, *Lahirnya Pancasila, (Bung karno Mengembang Dasar-dasar Negara)*, Oesaha Penerbitan Gontour, Yogyakarta, 1949.

Mohammad Daud Ali, *Hukum Islam Pengantar Ilmu Hukum dan Tata Hukum Islam di Indonesia*, Raja Grafindo Persada, Jakata, 2007.

M.Nasir Djamil (Pimpinan Panja RUU Sistem Peradilan Pidana Anak Komisi III DPR RI), *Anak Bukan Untuk Dihukum Catatan Pembahasan UU Sistem Peradilan Pidana Anak (UU-SPPA)*, Sinar Grafika, Jakarta.2013.

M.Nurul Irfan, *Nasab dan Status Anak Dalam Hukum Islam*, Amzah, Jakarta, 2012.

- Muhammad Joni dan Zulchaina Z.Tanamas, *Aspek Hukum Perlindungan Anak Dalam Perspektif Konvensi Hak Anak*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1999.
- Muhammad Daud Ali, *Kedudukan Hukum Islam Dalam Pembinaan Hukum Indonesia*, Yayasan Risalah, Jakarta, 1984.
- Mohd.Idris Ramulyo, *Hukum Perkawinan, Hukum Kewarisan, Hukum Acara Peradilan Agama Dan Zakat Menurut Hukum Islam*, Sinar Grafika, Jakarta ,1995.
- MUI, *Fatwa Nomor 11 Tahun 2012 tentang Kedudukan Anak Hasil Zina Dan Perlakuannya*.
- Neng Djubaidah, *Pencatatan Perkawinan Dan Perkawinan Tidak Dicatat Menurut Hukum Tertulis Di Indonesia Dan Hukum Islam*, Sinar Grafika, Jakarta, 2010.
- Notonagoro, *Pancasila Secara Ilmiah Populer*, Pantjuran Tujuh, Jakarta, 1975.
- Nurul Qamar, *Hak Asasi Manusia Dalam Negara Hukum Demokrasi (Human Rights in Democratiche Rechtsstaat*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Peter Machmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta ,2008.
- _____, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2007.
- Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, M Print, Edisi Khusus, Surabaya, 2007.
- _____, *Perlindungan Hukum Bagi Rakyat Indonesia*, PT.Bina Ilmu, Surabaya, 1987.
- Philippe Nonet dan Philip Selznick, *Hukum Responsif*, Nusamedia, Bandung, 2013.
- Pontang Moerad B.M., *Pembentukan Hukum Melalui Putusan Pengadilan Dalam Perkara pidana*, Alumni, Bandung, 2005.
- Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Status Anak Hasil Nikah Siri Bisa Mengancam Eksistensi Lembaga Perkawinan*, "Ikhlas

Beramal", Media Informasi Kementerian Agama, Edisi 73 Februari 2012.

R. Soetojo Prawirohamidjojo Dan Marthalena Pohan, *Hukum Orang dan Keluarga*, Airlangga University Press, Surabaya, 2000.

Romli Atmasasmita, *Teori Hukum Integratif Rekonstruksi Terhadap Teori Hukum Pembangunan dan Teori Hukum Progresif*, Genta Publishing, Yogyakarta, 2012.

Ruslan Saleh, *Penjabaran Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945*, Aksara Baru, Jakarta, 1979.

Satjipto Raharjo, *Hukum Dan Masyarakat*, Angkasa, Bandung, 1980.

Sepud I Made, *Perlindungan Hukum Terhadap Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum Melalui Diversi Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak*, CV.R.A. De.Rozarie, Surabaya, 2013.

Sri Soemantri, *Bunga Rampai Hukum Tata Negara Indonesia*, Alumni, Bandung, 1992 .

Sudikno Mertokusumo & A Pitlo, *Bab-bab Tentang Penemuan Hukum*, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1993.

Sudikno Mertokusumo, *Mengenal Hukum Suatu Pengantar*, Edisi Revisi, Cahaya Atma Pustaka, Yogyakarta, 2012.

_____, *Penemuan Hukum Sebuah Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, 2001.

Subekti dan Tjitrosudibyo, *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata*, Jakarta, Pradnya Paramita, 1980.

Sutha, I Gusti Ketut, *Bunga Rampai Beberapa Aspek Hukum Adat*, Liberty, Yogyakarta, 1987.

Sumitro dan Irma Setyowati, *Aspek Hukum Perlindungan Anak*, Bumi Aksara, Jakarta, 1990.

Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.

- Soerjono Soekanto, *Kesadaran Hukum dan Kepatuhan Hukum*, Rajawali, Jakarta, 1982.
- Soerojo Wignjodipoero, *Pengantar Dan Asas-Asas Hukum Adat*, Gunung Agung, Jakarta, 1984.
- Susilo Riwayadi dan Suci Nur Anisyah, *Kamus Populer Lengkap*, Sinar Terang, Surabaya, tanpa tahun.
- The Liang Gie, *Teori-teori Keadilan*, Super Sukses, Yogyakarta, 1982.
- Tim Penyusun Kamus Pusat Pembinaan Dan Pengembangan Bahasa, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Jakarta , Cet Ke Delapan, Balai Pustaka, 1996.
- Winarno Surakhmad, *Pengantar Penelitian Ilmiah, Dasar-dasar Metode & Teknik*, Tarsito, Bandung, 1973.
- Wiryo Projodikoro, *Hukum Warisan di Indonesia*, Sumur Bandung, 1983.
- W.Friedmann, *The State and The Rule of Law n A Mixed Economy*, Steven & Son, London, 1971.
- Harifni A.Tumpa, *Peluang dan Tantangan Eksistensi Pengadilan HAM di Indonesia*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010.
- Henry P.Penggabean, *Fungsi Mahkamah Agung Dalam Praktik Sehari-hari*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 2002.
- Majda El Muhtaj, *Dimensi-dimensi HAM Mengurai Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya*, Raja Grapindo Persada, Jakarta, 2008.
- A. Mukthie Fajar, *Tipe Negara Hukum*, Bayu Media Publishing, Malang, 2005.
- Padmo Wahjono, *Indonesia Negara Berdasarkan Atas Hukum*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 1983.
- Lilik Mulyadi, *Pembalikan Beban Pembuktian Tindak Pidana Korupsi*, Alumni, Bandung, 2007.
- Bernard Arief Sidharta, *Refleksi Tentang Struktur Ilmu Hukum Sebuah Penelitian Tentang Fondasi Kefilsafatan dan Sifat*

Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.

Keilmuan Ilmu Hukum Sebagai landasan Pengembangan Ilmu Hukum Nasional Indonesia, Mandar Maju, Bandung, 1999.

Zakiah Dradjat, *Ketenangan dan Kebahagiaan Dalam Keluarga*, Bulan Bintang, Jakarta, 1974.

PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang Perkawinan.

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1979 tentang Kesejahteraan Anak.

Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1997 tentang Pengadilan Anak.

Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

Undang-Undang Nomor 23 Tahun 2002 tentang Perlindungan Anak.

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2012
Tanggal 13 Februari 2012.

Konvensi tentang hak-hak anak (Convention on the Rights of the Child), Resolusi No. 109 Tahun 1990.

Fatwa MUI No. 11 Tahun 2012

HASIL PENELITIAN

Budiarta, I Nyoman Putu, *Perlindungan Hukum Pekerja Outsourcing Ditinjau Dari Prinsip Keadilan, Kepastian Hukum, Dan Hak Asasi Manusia*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Brawijaya, Malang, 2011.

Ida Bagus Putu Kumara Adi Adnyana, *Penjabaran Nilai-Nilai Pancasila Dalam Materi Muatan Peraturan Perundang-Undangan*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Faklta Hukum Univrsitas Brawijaya, Malang, 2010.

Lilik HS, "Perlindungan Terhadap Hak Asasi Anak", *Jurnal Konstitusi*, Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Jakarta, 2006.

Sepud I Made, *Kebijakan Legislatif Tentang Perlindungan Hukum Terhadap Anak Yang Berhadapan Dengan Hukum Melalui Diversi Dalam Sistem Peradilan Pidana Anak*, Disertasi Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, Malang, 2013.

MAKALAH DAN ARTIKEL

Bagir Manan, *Hakim Dan Pemidanaan*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No.249, Bulan Agustus 2006, Ikahi, Jakarta, 2006.

Christiana Tri Budhayati, "Putusan MK No. 46/PUU-VIII/2010, Merombak Hukum Keluarga Di Indonesia", *Jurnal Ilmu Hukum Refleksi Hukum*, Edisi Oktober, 2012.

Edy Wibowo, *Mengapa Putusan Pemidanaan Hakim Cenderung Lebih Ringan daripada Tuntutan*, Majalah Hukum Varia Peradilan Edisi No.257 Bulan April 2007, Ikahi, Jakarta , 2007.

H.Asasriwarni, *Eksistensi Kepastian Hukum Isbat Nikah Terhadap Status Perkawinan Dalam Hubungannya Dengan pencatatan Perkawinan*, Makalah dipresentasikan pada Penelitian dan Diskusi Terbatas Dihadapan Kalangan Hakim Lingkungan Peradilan Agama di Wilayah Padang, Pada tanggal 24 Mei 2012

H.Supandi, *Peran Hakim Agung, Metode Berpikir Yuridis Dan Konsep Keadilan Dalam Spirit Reformasi*. Varia Peradilan , Majalah Hukum Tahun XXIX No.346, IKAHI, Jakarta, September 2014.

Harkrisktuti Harkrisnowo, *Menelaah Konsep Sistem Peradilan Pidana terpadu (dalam konteks Indonesia)*, Seminar Keterpaduan Sistem Peradilan Pidana, Danau Toba Medan, tanggal 4-5 April 2002.

Hadisuprpto,Paulus, Peranan Orangtua Dalam Pengimplementasian Hak-Hak Anak dan Kebijakan Penanganan Anak Bermasalah, Dalam jurnal Pembangunan Kesejahteraan Sosial, Dewan Nasional Indonesia Untuk Kesejahteraan Sosial, Jakarta, Nomor 7, Maret 1996.

Khamimudin, *Analisis Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 46/PUU-VIII/2010 Tentang Hubungan Perdata Anak Luar Kawin Dengan Ayahnya*, Varia Peradilan Majalah Hukum Tahun XXVII No.332 Juli 2013.

M. Hadi Shubhan, "Empat Dosa Besar MK", *Artikel*, Jawa Post, Senin , 7 Oktober 2013.

Moch. Isnaeni, "Nuansa Agamawi Dalam Hukum Perkawinan Nasional Indonesia", *Makalah Workshop Hukum Perdata dan Hukum Dagang*, Fakultas Hukum Universitas Airlangga Departemen Hukum Perdata, Surabaya, 22-23 April 2014, hal.1

MUI, *Nikah Siri Boleh Atau Tidak*, Metro Balikpapan, Minggu, 4 Juni 2006.

Mukhtaruddin Bahrum, *Legalisasi Nikah Sirri Melalui Isbat Nikah Menurut Kompilasi Hukum Islam*, Jurnal Diskursus Islam , Vo.1, Nomor 2, Agustus 2013.

Mustamin Dg.Matutu, "*Selayang Pandang Tentang Perkembangan Tipe-tipe Negara Modern*", Fakultas Hukum Dan Pengetahuan Masyarakat, Universitas Hasanuddin, Ujung Pandang,2001.

Panduan Pengajuan Itsbat Nikah,tanpa penerbit,tanpa tahun.

Soetanto Soepiadhy, *Keadilan Hukum*,Surabaya Pagi,Rabu Legi, 28 Maret 2012.

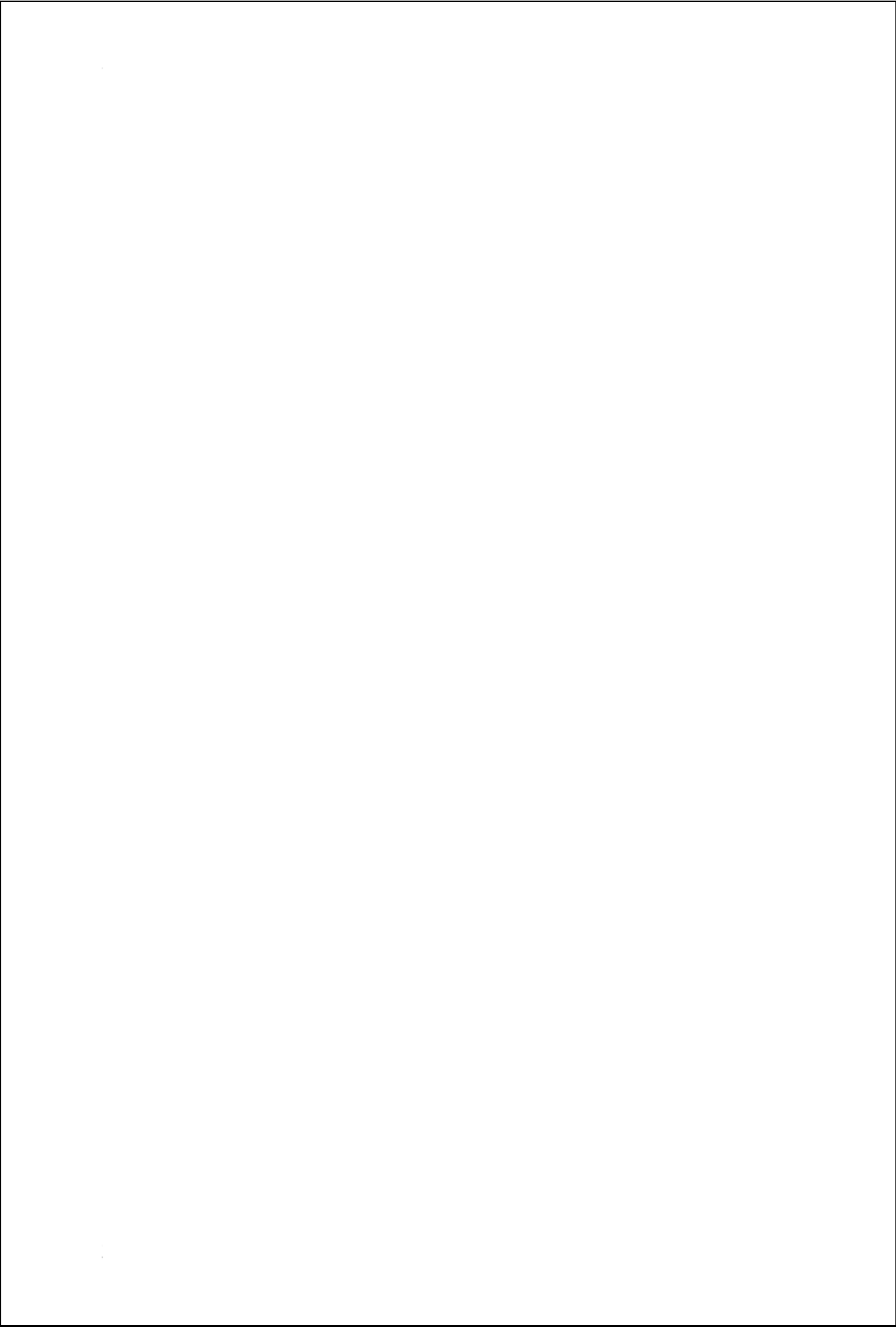
_____, *Kepastian Hukum*, Surabaya Pagi, Rabu Pon , 4 April 2012.

_____, *Kemanfaatan Hukum*, Surabaya Pagi, Kamis Legi, 12 April 2012

- _____, *Hukum Responsif*, Surabaya Pagi, Rabu Ponj, 9 Mei 2012.
- _____, *Reading Materials Teori dan Filsafat Hukum*, Program Studi Doktor Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas 17 Agustus, Surabaya, 2012,
- Sutan Takdir Alisahbana, *"Pembangunan Kebudayaan Indonesia di Tengah Laju Teknologi dan Ilmu Pengetahuan"*, Prisma 1981, nomor 1.
- Taufikurrahman Al-Azizy, *Jangan Sirikan Nikahmu*, Himmah Media, Jakarta, 2012
- Y.van Passen, *"Kerjasama Antar Agama dan Prospeknya : Kasus Sulawesi Utara"*, Prisma 5, edisi 1978.
- Zudan Arif Fakrulloh, *Model Hukum Yang Humanis Partisipatoris : Ide Dasar dan Teorisasinya Dengan Latar Sosial Indonesia*, Makalah Hukum Sumberdaya Alam Dan Perencanaan Pembangunan, Agustus 2013.

WEBSITE

- Syafran Sofyan, *"Putusan Mahkamah Konstitusi Tentang Status Anak Luar kawin"*, www.Lemhannas.go.id, diunduh tanggal 17 Juli 2014
- Penjelasan Resmi MK : Kami Tidak Melegalkan Zina", dalam <http://news.detik.com/read/2012/03/07/143010/1860279/10/penjelasan-resmi-mk-kami-tidak-melegalkan-zina?nd992203605>, diakses 09 April 2013
- Wikipedia, www.google.com-http://id.wikipedia.org/wiki/anak. Diakses tanggal 25 Desember 2013.



DAFTAR RIWAYAT HIDUP

A. Identitas

Nama : Dr. I Nyoman Sujana, SH., M.Hum.
Tempat/Tgl. Lahir : Denpasar, 2 Januari 1963
Agama : Hindu
Status : Kawin
Istri : I Gusti Ayu Mahendri, SH.
Putra : 1. Bayu Segara
2. Krishna Satriya Wibawa
Pekerjaan : Dosen
NIK : 230 330 112
NIDN : 0802016301
Golongan/Jabatan : IVC/Lektor Kepala
Tempat Kerja : Fakultas Hukum Universitas
Warmadewa Denpasar.
Alamat Kantor : Jl. Terompong No. 26 Tanjung
Bungkak, Denpasar. Telp. 223858,
Psw. 34.
Alamat Rumah : Jln. Tukad Pakerisan XIX No. 10,
Denpasar, Telp.(0361) 247238 Hp
08123853102 .

B. Pendidikan

No	Pendidikan	Tempat	Tahun
1.	Sekolah Dasar	SD No. 3 Sesetan ,Denpasar	1977
2.	Sekolah Menengah Pertama	SMP Nasional Denpasar	1981
3.	Sekolah Menengah Atas	SMPP 32 Denpasar	1984
4.	Perguruan Tinggi		
	a. Strata 1	S1,Jurusan Hukum Keperdataan, Fakultas Hukum Universitas Udayana, Denpasar.	1989
	b. Strata 2	Pascasarjana Universitas Surabaya, Jurusan Hukum Bisnis	1998
	c. Strata 3	Strata 3 Doktor Ilmu Hukum; Tahun 2014, Fakultas Hukum Universitas 17 Agustus 1945 Surabaya	Angk.23 Tahun 2012-sekarang
5.	Kursus/Pelatihan	1. Penataran P4 Pola 120 Jam, untuk Calon Penatar, di Denpasar. 2. Pelatihan Penelitian Bagi Dosen, Universita Warmadewa 3. Penataran Pelatih Silat Tingkat Nasional Yang Diselenggarakan oleh Kelatnas Indonesia Perisai Diri Indonesia di Surabaya	1992 1992 2007

C. Bidang Keahlian

- 1. Hukum Perdata
- 2. Hukum Dagang
- 3. Hukum Waris

D. Pengalaman Kerja

No	Pekerjaan	Tahun
1.	Staf Dosen Fakultas Hukum Universitas Warmadewa, Denpasar	1990 – Sekarang
2.	Ketua Bagian Hukum Keperdataan	1994 – 1996
3.	Pembantu Dekan III (Bidang Kemahasiswaan Fakultas Hukum , Univ.Warmadewa Denpasar	1999 – 2003
4.	Direktur LBH Univ. Warmadewa	2011- sekarang
5.	Advokat	1998- sekarang

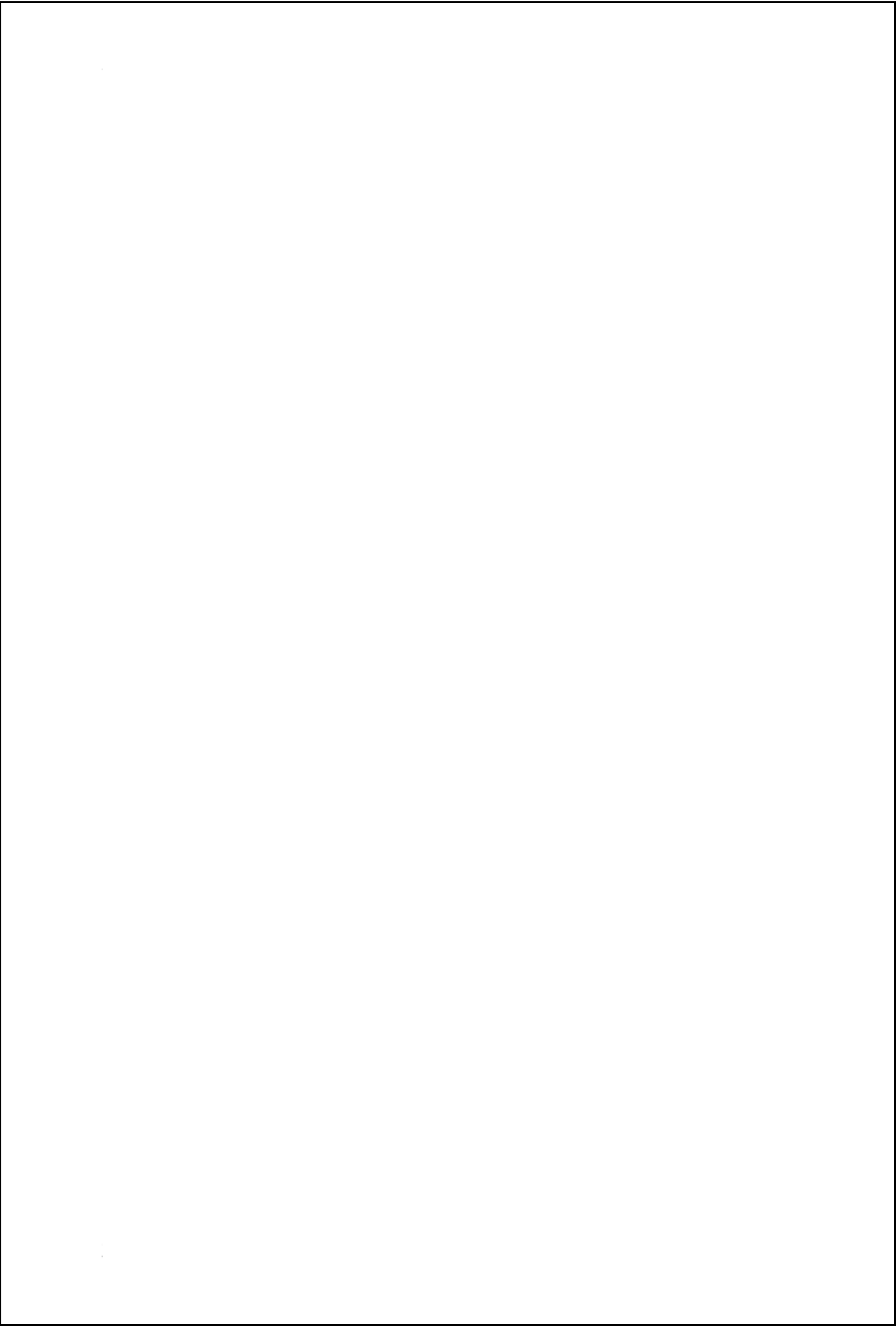
E. Pengalaman Organisasi

No	Organisasi	Jabatan	Masa Bakti
1.	Kelatnas Indonesia Perisai Diri Prov. Bali	Sekretaris	2012-sekarang
2	Asosiasi Advokat Indonesia (AAI) Cabang Denpasar	Sekretaris II	2014- sekarang
3.	Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI) Cabang Denpasar	Ketua Bidang Olahraga dan Prestasi	2012- sekarang
4	Pembina Unit Kegiatan Silat Perisai Diri, Universitas Warmadewa, Denpasar.	Pembina	1998 - sekarang
5	Ikatan Pencak Silat Indonesia(IPSI) Cabang Kota Denpasar	Sekretaris IPSI Kota Denpasar	1994-1995
6	Ikatan Pencak Silat Indonesia (IPSI).Cabang Kota Denpasar	Ketua	1995 – 1999
7	Sekretaris Keluarga Silat Nasional Indonesia Perisai Diri Provinsi Bali	Sekretaris	2004 -sekarang
8	Anggota Dewan Pendekar Keluarga Silat Nasional Indonesia Perisai Diri Pusat	Anggota	2007-sekarang

Denpasar, 5 Januari 2015

Harmat Saya,

Dr. I Nyoman Sujana, SH.M.Hum.



KEDUDUKAN HUKUM ANAK LUAR KAWIN DALAM PERSPEKTIF PUTUSAN MAHKAMAH KONSTITUSI NOMOR 46/PUU-VIII/2010

GRADEMARK REPORT

FINAL GRADE

/0

GENERAL COMMENTS

Instructor

PAGE 1

PAGE 2

PAGE 3

PAGE 4

PAGE 5

PAGE 6

PAGE 7

PAGE 8

PAGE 9

PAGE 10

PAGE 11

PAGE 12

PAGE 13

PAGE 14

PAGE 15

PAGE 16

PAGE 17

PAGE 18

PAGE 19

PAGE 20

PAGE 21

PAGE 22

PAGE 23

PAGE 24

PAGE 25

PAGE 26
PAGE 27
PAGE 28
PAGE 29
PAGE 30
PAGE 31
PAGE 32
PAGE 33
PAGE 34
PAGE 35
PAGE 36
PAGE 37
PAGE 38
PAGE 39
PAGE 40
PAGE 41
PAGE 42
PAGE 43
PAGE 44
PAGE 45
PAGE 46
PAGE 47
PAGE 48
PAGE 49
PAGE 50
PAGE 51
PAGE 52
PAGE 53
PAGE 54
PAGE 55
PAGE 56
PAGE 57
PAGE 58

PAGE 59
PAGE 60
PAGE 61
PAGE 62
PAGE 63
PAGE 64
PAGE 65
PAGE 66
PAGE 67
PAGE 68
PAGE 69
PAGE 70
PAGE 71
PAGE 72
PAGE 73
PAGE 74
PAGE 75
PAGE 76
PAGE 77
PAGE 78
PAGE 79
PAGE 80
PAGE 81
PAGE 82
PAGE 83
PAGE 84
PAGE 85
PAGE 86
PAGE 87
PAGE 88
PAGE 89
PAGE 90

PAGE 91
PAGE 92
PAGE 93
PAGE 94
PAGE 95
PAGE 96
PAGE 97
PAGE 98
PAGE 99
PAGE 100
PAGE 101
PAGE 102
PAGE 103
PAGE 104
PAGE 105
PAGE 106
PAGE 107
PAGE 108
PAGE 109
PAGE 110
PAGE 111
PAGE 112
PAGE 113
PAGE 114
PAGE 115
PAGE 116
PAGE 117
PAGE 118
PAGE 119
PAGE 120
PAGE 121
PAGE 122
PAGE 123

PAGE 124
PAGE 125
PAGE 126
PAGE 127
PAGE 128
PAGE 129
PAGE 130
PAGE 131
PAGE 132
PAGE 133
PAGE 134
PAGE 135
PAGE 136
PAGE 137
PAGE 138
PAGE 139
PAGE 140
PAGE 141
PAGE 142
PAGE 143
PAGE 144
PAGE 145
PAGE 146
PAGE 147
PAGE 148
PAGE 149
PAGE 150
PAGE 151
PAGE 152
PAGE 153
PAGE 154
PAGE 155
PAGE 156

PAGE 157
PAGE 158
PAGE 159
PAGE 160
PAGE 161
PAGE 162
PAGE 163
PAGE 164
PAGE 165
PAGE 166
PAGE 167
PAGE 168
PAGE 169
PAGE 170
PAGE 171
PAGE 172
PAGE 173
PAGE 174
PAGE 175
PAGE 176
PAGE 177
PAGE 178
PAGE 179
PAGE 180
PAGE 181
PAGE 182
PAGE 183
PAGE 184
PAGE 185
PAGE 186
PAGE 187
PAGE 188

PAGE 189
PAGE 190
PAGE 191
PAGE 192
PAGE 193
PAGE 194
PAGE 195
PAGE 196
PAGE 197
PAGE 198
PAGE 199
PAGE 200
PAGE 201
PAGE 202
PAGE 203
PAGE 204
PAGE 205
PAGE 206
PAGE 207
PAGE 208
PAGE 209
PAGE 210
PAGE 211
PAGE 212
PAGE 213
PAGE 214
PAGE 215
PAGE 216
PAGE 217
PAGE 218
PAGE 219
PAGE 220
PAGE 221

PAGE 222
PAGE 223
PAGE 224
PAGE 225
PAGE 226
PAGE 227
PAGE 228
PAGE 229
PAGE 230
PAGE 231
PAGE 232
PAGE 233
PAGE 234
PAGE 235
PAGE 236
PAGE 237
PAGE 238
PAGE 239
PAGE 240
PAGE 241
PAGE 242
PAGE 243
PAGE 244
PAGE 245
PAGE 246
PAGE 247
PAGE 248
PAGE 249
PAGE 250
PAGE 251
PAGE 252
PAGE 253
PAGE 254

PAGE 255
PAGE 256
PAGE 257
PAGE 258
PAGE 259
PAGE 260
PAGE 261
PAGE 262
PAGE 263
PAGE 264
PAGE 265
PAGE 266
PAGE 267
PAGE 268
PAGE 269
PAGE 270
PAGE 271
PAGE 272
PAGE 273
PAGE 274
PAGE 275
PAGE 276
PAGE 277
PAGE 278
PAGE 279
PAGE 280
PAGE 281
PAGE 282